

Die absolute Subsidiarität
des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 Grundgesetz

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Markward F. von Loesch

Steuerberater und Rechtsanwalt in Garmisch-Partenkirchen

1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die absolute Subsidiarität des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 Grundgesetz

DISSERTATION

**zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz**



vorgelegt von

Markward F. von Loesch

Steuerberater und Rechtsanwalt in Garmisch-Partenkirchen



Erstberichterstatter : Professor Dr. iur. Peter Schneider

Zweitberichterstatter : Professor Dr. iur. Otto Mühl

Tag der mündlichen Prüfung : 6. Juli 1976

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
LITERATURVERZEICHNIS	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXV
E i n l e i t u n g	1

HAUPTTEIL

1. T E I L

Die Stellung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG im Rechtsschutzsystem der Bundesrepublik	3
---	---

§ 1 Art. 19 Abs. 4 GG a.F. als Reaktion auf die Wei- marer Verfassung und die nationalsozialistische Diktatur	3
---	---

§ 2 Die Konkretisierung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG	7
---	---

§ 3 Das Verhältnis des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde	8
--	---

I. Zur Methode	9
----------------------	---

II. Analyse	11
-------------------	----

1. Grammatikalische Auslegung im Hinblick auf die Möglichkeit eines Konkurrenzverhält- nisses	11
---	----

a) Kumulative Konkurrenz	13
--------------------------------	----

b) Alternative Konkurrenz	13
---------------------------------	----

c) Gesetzeskonkurrenz	14
-----------------------------	----

2. Formal-logische Auslegung	16
------------------------------------	----

a) Der Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG	17
---	----

b) Der Begriff der Rechte in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG	31
c) Der Begriff der Rechtsverletzung in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG	34
3. Historische Auslegung	36
a) Die Entstehung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG	37
b) Die Entstehung des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG	38
4. Zweck und Sachzusammenhang der Normen ...	40
a) Der Zweck des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG	41
b) Der Zweck des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG	41
5. Auslegung nach objektiven, teleologischen Kriterien	45
a) Das Prinzip der Subsidiarität	46
b) Das Prinzip der Würde	47
c) Das Prinzip der Normstufen	48
d) Das Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes	48

2. T E I L

Die subsidiäre Partizipation des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG an Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG	61
§ 4 Überlagerung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG durch die drei Generalklauseln der öffentlich-rechtli- chen Verfahrensgesetze	61

I.	Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur uneingeschränkten Geltung der Generalklauseln	62
II.	Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zu normativen Rechtswegausschlüssen	65
	1. Vorkonstitutionelle Normen schließen den Rechtsweg aus	65
	2. Nachkonstitutionelle Normen schließen den Rechtsweg aus	67
§ 5	Überlagerung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG durch Einzelzuweisungen Öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten	70
I.	Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur uneingeschränkten Geltung der Einzelzuweisungen	73
II.	Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur ineffektiven Handhabung des Rechtsschutzes bei Einzelzuweisungen	75
§ 6	Überlagerung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG durch die unmittelbar in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG begründete Zuständigkeit	78
I.	Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur "Natur der Sache"	80
II.	Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur Anordnungsbefugnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit	82
III.	Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zu unvollständig ausgebildeten Rechtswegen	83
IV.	Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur enumerativen Ausgestaltung der verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten	85

	Seite
V. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zu den einzelnen Ausgestaltungen des Rechtsweges	86
VI. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zum Rechtsschutz gegen Rechtsnormen	90
VII. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur formellen Justizverweigerung	94
VIII. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zu fremder Hoheitsgewalt	96
3. T E I L	
Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG	99
§ 7 Die Gewährleistung des gerichtlichen Rechtsschutzes	99
§ 8 Der gewährleistete gerichtliche Rechtsschutz aus der Sicht des verfassungsändernden Gesetzgebers	104
A r b e i t s e r g e b n i s s	132

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Achterberg, N.

Kriterien des Gesetzesbegriffes unter dem Grundgesetz, in: DÖV 1973, 289 ff.

Abelein, M.

Die Abgrenzung Verwaltungsakt - Verordnung, in: Recht und Staat, Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag, 2. Halbband, Berlin 1972, S. 419 ff.

Alberts, H.-W.

Auflösung der Verfassung? - Noch einmal BVerfGE 30, 1, in: JuS 1972, 319 ff.

Anschütz, G.

Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 4. Bearbeitung, 14. Auflage, Berlin 1933.

Arentz, G.

Der Rechtscharakter des Artikels 19 Absatz 4 des Grundgesetzes, jur. Diss., Köln 1963.

Arndt, A.

Umwelt und Recht, in: NJW 1965, 807 ff.

Bachof, O.

DIE verwaltungsgerichtliche KLAGE auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951.

Bachof, O.

Über die Geltung des Artikels 104 des Grundgesetzes oder von der Aufgabe des Richters zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, in: JZ 1951, 739.

Bachof, O.

In Aussprache zum "Plan als verwaltungsrechtliches Institut", abgedruckt in VVDStRL Heft 18 (1960), 208-211.

Bachof, O.

Anm. zu BGH Z 5, 46, in: DVBl. 1952, 411 ff.

Bachof, O.

Nachwort zu Bettermann, in: AöR 86 (1961), 129 ff.,
186 ff.

Bachof, O.

Bundesrecht als Maßstabsrecht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren? (B), in: DÖV 1964, 9 ff.

Bachof, O.

Besprechung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE, Bd. 13-19), in: JZ 1966, 230, Ziffer 137, 143.

Bachof, O.

Zur Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsverordnungen und Satzungen, in: NJW 1968, 1065 ff.

Bargou, H.E.

Untersuchungen zur Normenprüfung nach dem Bonner Grundgesetz und dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Wesen, Wirkungen, Zuständigkeiten, jur. Diss., Erlangen 1954.

Baur, F.

Neuere Diskussion über das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, in: DRZ 4 (1949), 395 ff. *

Baur, F.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: AoP 153 (1954), 393 ff.

Baur, F.

Zuständigkeit aus dem SACHZUSAMMENHANG? in: Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967.

Berber, F.

Lehrbuch des Völkerrechts, I. Band - Allgemeines Friedensrecht, München-Berlin 1960.

Bergmann, W.

Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, in: VA, Bd. 51 (1960), 36 ff.

Bernzen, U.

Das Subsidiaritätsprinzip als Prinzip des deutschen Staatsrechtes, jur. Diss., Kiel, 1965.

Bettermann, K.A.

Der Schutz der GRUNDRECHTE in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die GRUNDRECHTE, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte; hrsgg. von Bettermann, Nipperdey, Scheuner; Dritter Band, 2. Halbband, Berlin 1959.

Bettermann, K.A.

Über richterliche Normenkontrolle, in: ZZP 72 (1959), 36 ff.

Bettermann, K.A.

Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, in: AöR 86 (1961), 129-186.

Bettermann, K.A.

Die Notstandsentwürfe der Bundesregierung, in: Der Staatsnotstand, Berlin 1965.

Bettermann, K.A.

Anm. zu VG-Köln, in: DVBl. 1965, 886.

Bettermann, K.A.

Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 94 (1969), 263 ff.

Bettermann, K.A.

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 96 (1971), 528 ff.

Blomeyer, K.

Abgrenzung von Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit,
in: MDR 1952, 23 ff.

Blümel, W.

Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz,
in: Festgabe für E. Forsthoff, München 1967.

Boerner, R.

Gespaltene Rechtswege?, in: DVBl. 1961, 846 ff.

Böckenförde, Chr.

Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Ge-
setze, Berlin 1966.

Bokelmann, E.

"Rechtswegssperre" durch Prozeßkosten, in: ZRP 1973,
164 ff.

Brinkmann, K.

Grundrechtskommentar zum Grundgesetz für die Bundesre-
publik Deutschland vom 23.5.1949, Bonn 1967 ff.

Büsser, K.

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Ge-
setze, jur. Diss., Mainz 1967.

Coing, H.

Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, München
1967.

von Doemming-Füsslein-Matz

Die Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundge-
setzes, in: JöR 1 (1951). (Wird nur mit Band und Seite
zitiert.)

Dürig, G.

Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR 81
(1956), 118 ff.

Dürig, G.

Ein Orwellsches Experiment, in: ZRP 1968, 11.

Dürig, G.

Man hielt es nicht für möglich, in: ZRP 1969, 179.

Dürig-Evers

Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-, Telefon- und Fernmeldegeheimnisses, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969; zwei Rechtsgutachten erstattet von Günter Dürig und Hans-Ulrich Evers. Diese Schrift wird zitiert mit dem jeweiligen Gutachter und der Bezeichnung "Dürig-Evers".

Dürig, G.

Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes (ein Plädoyer), in: Festgabe für Th. Maunz, München 1971, S. 41 ff.

Echterhölter, R.

Die Verfassungsbeschwerde in Steuersachen, in: BB 1954, 894 ff.

Ehmke, H.

Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung, in: AöR 79 (1953/1954), 385 ff.

Elias, F.

Abgrenzungsprobleme bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO, jur. Diss. Köln 1968.

Engelhardt, Baron von, O.-F.

Der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen. Eine konkurrenzdogmatische Untersuchung aus der Sicht des Verhältnisses von Anfechtungsklage (§§ 42, 113 VwGO) und verwaltungsgerichtlicher prinzipialer Normenkontrolle (§ 47 VwGO), Berlin 1971.

Eschenburg, T.

Staat und Gesellschaft in Deutschland, 4. Auflage, München 1960.

Esser, J.

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung
des Privatrechtes, 2. Auflage, Tübingen 1964.

Evers, H.-U.

Siehe Dürig-Evers.

Eyermann-Fröhler

Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Auflage,
München-Berlin 1971.

Fette, G.

Rechtsweg bei Rechtsverletzungen durch Sendungen der
öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: NJW
1971, 2210 ff.

Fischer, A.

Der unter die Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbar-
keiten fallende Klagegrund, jur. Diss., Münster 1970.

Forsthoff, E.

Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, 1. Bd., 9. Auflage,
München-Berlin 1966.

Foitz, A.

Der Rechtsweg bei Verletzung durch die öffentliche Ge-
walt - Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz, Diss., Mainz 1952.

Friesenhahn, E.

Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner
Grundgesetz, in: DV 1949, 478 ff.

Friesenhahn, E.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik
Deutschland, Köln-Berlin-Bonn-München 1963.

Geiger, W.

Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz vom 12.
3.1951, Berlin-Frankfurt 1952.

Giese-Schunck

Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland vom 23.5.1949, 8. Auflage, Frankfurt 1970.

Glückert, J.

Orwell und die deutschen Staatsrechtslehrer, in: ZRP
1969, 176 ff.

Goetzler, R.

Zur Frage der Zuständigkeit nach Art. 19 IV GG in
Steuerstrafsachen, in: JZ 1958, 607.

Göppinger, H.

in: v. Staudinger-Göppinger, Kommentar zum BGB mit
Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Bd. IV, Teil
3 a, 10.-11. Auflage, Berlin 1966.

Haak, V.

Normenkontrolle und verfassungskonforme Auslegung des
Richters, Bonn 1963.

Häberle, P.

Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts
vom 15.12.1970, in: JZ 1971, 145 ff.

Habscheid, W.J.

Zum Verfahren nach Art. 19 IV 2 GG vor den ordentli-
chen Gerichten. Eine prozeßrechtliche Skizze, in:
Festschrift für Eduard Böttcher, Berlin 1969,
S. 159 f.

Hall, K.-H.

Notstandsverfassung und Grundrechtseinschränkung, in:
JZ 1968, 158 f.; 162 f.

Hall, K.-H.

Fast vergessene Notstandsprobleme, in: ZRP 1970,
145 ff.

Hamann-Lenz

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 3. Auflage, Neuwied und Berlin 1970.

Hartmann, P.

Anmerkung zum LG Stuttgart, in: NJW 1962, 1623.

Hartung, F.

Doppelgleisige Steuerstrafrechtspflege?, in: NJW 1955, 1129.

Hartung, F.

Der gerichtliche Weg im Verwaltungssteuerstrafverfahren, in: NJW 1958, 809.

Heidenhain, M.E.

Die Amtshaftung in der Bundesrepublik, in: NJW 1949, 841 ff.

Heidenhain, M.E.

Zur Amtshaftung in der Bundesrepublik, in: NJW 1952, 604 ff.

Heidenhain, M.E.

Wann können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben?, in: NJW 1953, 1081 ff.

Heidenhain, M.

Ausschluß aller Rechtswege durch Gesetz, in: DÖV 1969, 269 ff.

Henke, W.

Anm. zu BVerfGE 24, 33, in: JZ 1969, 145 ff.

Hermann, H.

Öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten vor den Zivilgerichten, in: ZZP 78 (1965), 346 ff.

Herrfahrdt, O.

in: BONNER KOMMENTAR, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff.

Herzog, R.

Verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche
Normenkontrolle, in: BayVB1. 1961, 368 ff.

Hesse, K.

Der RECHTSSCHUTZ durch staatliche Gerichte im kirchli-
chen Bereich, Göttingen 1966.

Hesse, K.

GRUNDZÜGE des Verfassungsrechts der Bundesrepublik
Deutschland, 6. Auflage, Karlsruhe 1973.

Hesse, K.

Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsände-
rung, in: AöR 98 (1973), 1 ff.

Heydte, Freiherr von der

In Aussprache zum Vortrag Friedrich Kleins "Tragweite
der Generalklausel" im Artikel 19 IV des Bonner Grund-
gesetzes, abgedruckt in: VVDStRL, Heft 8 (1950),
162 ff.

Holtkotten, H.

in: BONNER KOMMENTAR, Kommentar zum Bonner Grundge-
setz, Hamburg 1951 ff.

Homann, A.

Zum Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung (VWGO)
des Bundes, in: RiA 1955, 100 ff.

Huber, Ernst-R.

Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. f,
Stuttgart 1961.

Huber, Hans

Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe 1954.

Hübschmann-Hepp-Spitaler

Kommentar zur Reichsabgabenordnung, Finanzgerichtsord-
nung und den Nebengesetzen (Erläuterungen der FGO von:
von Wallis; List), 1.-6. Auflage Köln 1951 ff.

van Husen, P.

Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen, Stuttgart 1947.

Kaiser, E.

Das Postgeheimnis und seine erlaubte Durchbrechung, in: NJW 1969, 18 ff.

Kalsbach, T.

Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, in: Neue Kölner Wissenschaftliche Abhandlungen, Heft 49, Berlin 1967.

Kaufmann, A.

Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Karlsruhe 1965.

Kern, E.

Der gesetzliche RICHTER, Berlin 1927.

Kern, E.

GERICHTSVERFASSUNGSRECHT, 4. Auflage, München-Berlin 1965.

Kirch, V.

Das subjektive öffentliche Recht auf Anrufung der staatlichen Gerichte, jur. Diss., Würzburg 1967.

Klein, F.

Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Absatz 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL, Heft 8 (1950), 67-125.

Klein, F. - Wilke, D.

Verfassungsänderung durch "systemimmanente Modifikationen elementarer Verfassungsgrundsätze"? Kritische Bemerkungen zum Abhör-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: UFITA 65 (1972), 183 ff.

Klein, H.H.

Rechtsweg und Justizverweigerung, in: JZ 1963, 591 ff.

Kleinmann, W.

Verfassungsbeschwerde gegen deutsche Gesetze, die europäisches Gemeinschaftsrecht transformieren?, in: NJW 1969, 355 ff.

Klug, U.

Juristische Logik, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1966.

Koehler, A.

Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München-Frankfurt 1960.

Koellreutter, O.

Deutsches Staatsrecht, Stuttgart und Köln 1953.

Kratzer J.

Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig?, in: DÖV 1954, 44.

Lang, H.

Die allgemeinen und die besonderen Verwaltungsgerichte. Die Neugestaltung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit (durch VGG und VO 165) und Art. 19 IV GG in ihren Auswirkungen auf die besonderen Verwaltungsgerichte, insbesondere der Gerichte der Sozialversicherung und der Steuergerichte, jur. Diss., München 1955.

Larenz, K.

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1969.

Lauterbach, W.

in: Palandt, Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen, 3. Auflage, München-Berlin 1973.

Lechner, H.

Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Auflage, München 1973.

Leibholz-Rinck

Kommentar zum Grundgesetz, 4. Auflage, Köln 1971.

Leibholz-Rupprecht

Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Köln-Marienburg 1986, nebst Nachtrag 1971.

Lerche, P.

Ordentlicher RECHTSWEG und Verwaltungsrechtsweg, Berlin-Köln 1953.

Lerche, P.

Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl. 1954, 627.

Lerche, P.

Zum "Anspruch" auf rechtliches Gehör, in: ZZP 78 (1965), 1-31.

Lerche, P.

Die verwaltungsgerichtliche KLAGE aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe 1963, 59 ff.

Lorenz, D.

Anm. zu BVerfGE 24, 23, in: DVBl. 1969, 144.

Lorenz, D.

Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973.

Loppuch

Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter Verwaltungsakte, in: NJW 1952, 1037 f.

Loppuch

Wann können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben?, in: NJW 1953, 1578.

v. Mangoldt-Klein

Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 2. Auflage von
Friedrich Klein, Bd. I und Bd. II - Nachdruck - Berlin
und Frankfurt 1966.

Maunz, Th.

Deutsches Staatsrecht, 18. Auflage, München-Berlin
1971.

Maunz, Th.

FUNDAMENTALSÄTZE der Bayerischen Verfassung, in: Fest-
schrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Ver-
fassungsgerichtshofes, München 1972, S. 21 ff.

Maunz-Dürig-Herzog

Grundgesetz-Kommentar, 3. Lieferung zur 3. Auflage,
München 1971, Bd. I (Art. 1-53), Bd. II (Art. 53 a -
Sachverzeichnis).

Maunz, Sigloch, Schmidt-Bleibtreu, Klein

Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Ne-
bengesetzen, München-Berlin 1967 ff.

Maurer, H.

Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Diss., Mainz
1953.

Maurer, H.

Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: Tübinger Fest-
schrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 275 ff.

Meier, G.

Die europäische Rechtsprechung zu den allgemeinen Pro-
blemen der politischen und rechtlichen Integration,
in: NJW 1973, 922 ff.

Menger, C.F.

Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungs-
recht, in: VA, a.a.O.

Menger, C.F.

System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes,
Tübingen 1954.

Müller, H.W.

Zur Normenkontrolle durch die Oberverwaltungsgerichte,
in: DÖV 1965, 759.

Naumann, R.

Rechtsweg-Gerichtsweg-Zuständigkeit, in: Hamburger
Festschrift für Friedrich Schack, Hamburg 1966,
S. 97 ff.

Obermayer, K.

in: Aussprache zu "Der Plan als verwaltungsrechtliches
Institut", abgedruckt in: VVDStRL, Heft 18 (1960),
163 ff.

Obermayer, K.

VERWALTUNGSAKT und innerdienstlicher Rechtsakt, Stutt-
gart-München-Hannover 1956.

Obermayer, K.

GRUNDZÜGE des Verwaltungsrechtes und des Verwaltungs-
prozeßrechtes, Stuttgart-München-Hannover 1964.

Obermayer, K.

Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgericht-
lichen Normenkontrolle, in: DVBl. 1965, 625-633.

Otto, V.

Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates,
Düsseldorf 1971.

Peters-Sautter-Wolff

Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4., Auflage (ein-
schließlich 17. Nachtrag), Stuttgart, Berlin, Köln,
Mainz 1966 ff.

Peters, N.

Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges, Diss., Hamburg 1967.

Pfeifer, G.

Verfassungsbeschwerde in der Praxis, Essen 1959.

Pohle, R.

Verfassungsbeschwerde und Zivilprozeß in Bayern, in: ROSENBERG-FESTSCHRIFT, München-Berlin 1949.

Pohle, R.

Der Bürger vor der Vielzahl der Gerichte, in: APELT-FESTSCHRIFT, München-Berlin 1958.

Pohle, R.

Anmerkung zum BVerfG, in: JZ 1961, 375 ff.

Redelberger

Die Verfassungsbeschwerde, in: NJW 1953, 361 ff.

Reinschmidt, G.

Zur Legitimationsfrage bei der Richterwahl, in: ZRP 1972, 160 f.

Renck, L.

Die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines Rechtsschutzes bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften, in: DÖV 1964, 651 ff.

Renck, L.

Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: JuS 1966, 273 ff.

Richter, E.

Wann können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben?, in: NJW 1953, 1579 f.

Riedel, H.

Kommentar zum Jugendwohlfahrtsgesetz, 4. Auflage, Berlin 1965.

Roellecke, G.

Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, Mainz 1969.

Roemer, W.

Die neue Wehrverfassung, in: JZ 1956, 193 ff.

Röhl, H.

Formalien der Verfassungsbeschwerde, in: MDR 1954, 387 ff.

Röhl, H.

Der Rechtsschutz des Gefangenen, in: JZ 1954, 65 ff.

Rupp, H.

in: ZZP 82 (1969), 1 ff. über "Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem".

Rupp, H.H.

Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen, in: NJW 1961, 811 ff.

Rupp, H.H.

Anm. zu BVerfGE 30, 1 ff. in: NJW 1971, 275 ff.

Rupp, H.H.

Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: NJW 1973, 1769 ff.

Rupprecht, R.

Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in: NJW 1971, 169 ff.

Schäfer, H.

Anm. zu LVGH Rheinland-Pfalz, in: DVBl. 1958, 359 ff.; 362 f.

Schäfer, H.

Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift, Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. I, Karlsruhe 1963.

Schenke, W.R.

Rechtsschutz gegen Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei, in: VA Bd. 60 (1969), 332 f.

Scherer, G.

Die Verfassungsbeschwerde, Diss., Freiburg 1959.

Scheuerle, W.

Die Logik der Logik, in: ZZP 78 (1965), 71 ff.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno u. Franz Klein

Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Neuwied und Berlin 1970.

Schlink, B.

Das Abhör-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat 1973, 85 ff.

Schneider, H.

Die Einführung des offenen Sondervotums beim Bundesverfassungsgericht, in: Festgabe für Th. Maunz, München 1971, S. 345 ff.

Schneider, P.

AUSNAHMEZUSTAND UND NORM, Stuttgart 1957.

Schneider, P.

NOTSTANDSRECHT, in: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart-Berlin 1966, Spalten 1374 f.

Schneider, P.

PRESSEFREIHEIT und Staatssicherheit, Mainz 1968.

Schneider, P.

DEMOKRATIE UND JUSTIZ, in: Festschrift zum 150-jährigen Bestehen des OLG Zweibrücken, Wiesbaden 1969.

Schneider, P.

DIE GRENZEN DES NATURRECHTS, in: Festschrift für Gerhard Müller, S. 435 f., Tübingen 1970.

Schneider, P.

RECHT UND MACHT - Gedanken zum modernen Verfassungsstaat -, Mainz 1970.

Schneider, R.

Das Rechtsschutzbedürfnis im Verfahren der Verfassungsbeschwerde, in: ZZP 79 (1966), 1 ff.

Schramm, Th.

Staatsrecht; Band I: Parlamentarische Demokratie-Bundesstaat-Sozialer Rechtsstaat, Köln, Berlin, Bonn, München 1971; Band II: Grundrechte und ihre verfassungsrechtliche Absicherung, a.a.O., 1971; Band III: Staatslenkung und Staatsorganisation, a.a.O., 1972.

Schütz, J.

Der Grundsatz der Subsidiarität im Grundgesetz, Diss., Würzburg 1966.

Siebert, W.

Zulässigkeit des Rechtsweges und richterlicher Prüfungszuständigkeit, in: Sonderdruck der Einleitung zu Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB mit Einführungssetzen und Nebengesetzen, 9. Auflage, Stuttgart 1959.

Spanner, H.

Das Bundesverfassungsgericht, Einrichtung, Verfahren, Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtes, München 1972.

Späth, P.

Wesen, Umfang und Wirkung der Verfassungsbeschwerde, jur. Diss., München 1955.

Stephan, B.

Das Rechtsschutzbedürfnis, in: Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 50, Berlin 1967.

Stern, K.

Das Bundesverfassungsgericht und die sogenannte konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 I GG, in: AöR 91 (1966), 223 ff.

Stich, R.

Die öffentlich-rechtliche Zuständigkeit der Zivilgerichte, in: Festschrift, Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe 1963.

Strubel, B.-J. - Sprenger, W.

Die gerichtliche Nachprüfbarkeit staatsanwaltschaftlicher Verfügungen, in: NJW 1972, 1734 ff.

Tietgen, W.

Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte, in: NJW 1956, 1129.

Trautmann, H.

Die Geltung der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG bei Gnadenentscheidungen?, in: MDR 1971, 173 ff.

Ule, K.H.

Das BONNER GRUNDGESETZ und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1950.

Ule, K.H.

Das Bonner Grundgesetz und die Justiz, in: DRiZ 1950, 227 ff.

Ule, K.H.

Handkommentar zum Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Berlin-Köln 1952.

Ule, K.H.

Die Revisibilität von Normenkontrollentscheidungen, in: AöR 82 (1957), 125.

Ule, K.H.

Anm. zu BVerwG, in: JZ 1958, 628.

Ule, K.H.

in: Evangelisches STAATSLEXIKON zu Rechtsweggarantie,
Stuttgart-Berlin 1966.

Ule, K.H.

Zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldege-
heimnisses in einer Arbeitsgemeinschaft, von dem Sei-
del einen Bericht, in: DVBl. 1967, 681 gibt.

Walz, E.

Anm. zu OLG Köln, in: JZ 1952, 223.

Wernicke, K.G.

in: BONNER KOMMENTAR, Kommentar zum Bonner Grundge-
setz, Hamburg 1950 ff.

Wolff, H.J.

Studienbuch zum Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bd. III,
München-Berlin 1967.

Zöllner, R.

Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfas-
sung und Nebengesetzen, 10. Auflage, München 1968,
911 ff.

Zuck, R.

Abhörergesetz und Anwaltschaft, in: NJW 1969, 911 ff.

Zuck, R.

Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, München 1968.

Zweigert, K.

Die Verfassungsbeschwerde, in: JZ 1952, 321 ff.

Zweigert, K.

Zur inneren Unabhängigkeit des Richters, in: Fest-
schrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967,
S. 711 ff.

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

Die einzelnen Quellen sind mit dem Namen des Autors, bei mehreren Abhandlungen desselben Autors außerhalb einer Zeitschriftenreihe mit seinem Namen und einem `g e s p e r r t` geschriebenen Wort aus dem Titel der Abhandlung zitiert.

Alle Fundstellen in Entscheidungssammlungen bzw. in Zeitschriften sind nach Band und Seite bzw. nach Jahrgang und Seite zitiert. Arbeiten, auf die lediglich verwiesen wird, sind nur in den Anmerkungen mitgeteilt.

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Z)
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv öffentliches Recht (Z)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
bay.	bayerisch
BB	Betriebsberater (Z)
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH (Z)	Bundesgerichtshof (Entscheidungssammlung für Zivilsachen)
BJG	Bundesjagdgesetz
BJM	Bundesjustizministerium
BR	Bundesrat
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23.9.1952
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Z)
Der Staat	(Z)
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Z)
DRIZ	Deutsche Richterzeitung ab 1.10.1950 (Z)
drs.	derselbe
DRZ	Deutsche Rechtszeitung ab 1946 bis 31.12.1950 (Z)
DStZ	Deutsche Steuerzeitung (Z)

DV	Deutsche Verwaltung (Z)
DVB1.	Deutsche Verwaltungsblätter (Z)
E	Entscheidungssammlung
EG	Einführungsgesetz
FGO	Finanzgerichtsordnung vom 6.10.1965
Gew.Arch.	Gewerbearchiv (Z)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart. Neue Folge ab 1951 ff. (Band 1 ff.) (Z)
JuS	Juristische Schulung (Z)
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	Juristenzeitung (Z)
KG	Kammergericht (Berlin)
KG	Kostengesetz (bay.)
Kz	Kommentar zu
LB	Lehrbuch
LG	Landgericht
LVerfG	Landesverfassungsgericht
LVGH	Landesverfassungsgerichtshof
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht (Z)
MRVO	Militärregierungsverordnung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (Z)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RiA	Recht im Amt (Z)
RGZ	Reichsgerichtsentscheidungen der amtlichen Sammlungen in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StPO	Strafprozeßordnung
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Z)
VA	Verwaltungsarchiv (Z)
VBl.	Verwaltungsblätter
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Verw	Verwaltung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Heft)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Z	Zeitschrift bzw. Periodika
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Z)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Z)

E i n l e i t u n g

Das Ziel dieser Untersuchung ist, die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zu klären. Allgemein wird angenommen, daß der Satz 2 als Ergänzung des Satzes 1 keine praktische Bedeutung erlangt hat ¹⁾, da der Rechtsschutz im Sinne von Gerichtsschutz vollkommen ausgestaltet ist ²⁾. Doch gerade in der Nichtanwendung dieser Grundgesetzbestimmung kann die Bedeutung des Satzes 2 liegen, zu der eine systematische Untersuchung bisher fehlt. Es liegt nahe, nun zu versuchen, den Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG gerade von der Seite zu erfassen, die ihn zu einer wenig erläuterten Bestimmung hat werden lassen: Nämlich von seiner scheinbaren Unanwendbarkeit her. Es soll versucht werden, Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG unter dem Begriff der absoluten Subsidiarität zu erfassen. Als absolut subsidiär wäre Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zu bezeichnen, wenn der Gerichtsweg ³⁾ zu den ordentlichen Gerichten erst dann gegeben ist, wenn innerhalb der Bundesrepublik Deutschland ⁴⁾ keine andere Gerichtswegklausel mehr anzuwenden ist, die Rechtsschutz vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt gewährleistet. Möglicherweise eröffnen die Ergebnisse der Untersuchung einen positiven Ausblick auf den Gesamtschutz vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt in die geschützte Rechtssphäre des Bürgers.

-
- 1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 60, 64; Stich, S. 405; Arentz, S. 119; Foit, S. 92; als Beispiele für die h.M.
 - 2) Einschränkung Lorenz: in: "Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie"; Abelein, S. 419 ff. (430-432).
 - 3) Rechtsweg wird überwiegend als Gerichtsweg aufgefaßt. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 39.
 - 4) Art. 13 der Europäischen Menschenrechtskommission käme zum Zuge, wenn der innerdeutsche Gerichtsweg erschöpft ist. Vgl. allg.: Ulrich Giebeler: Die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe als Zulässigkeitsvoraussetzung der Menschenrechtsbeschwerde, jur. Diss., Marburg 1971 (1972).

Der Lösungsweg ist mit der angedeuteten Zielrichtung der Untersuchung vorgezeichnet. Zunächst ist es notwendig hervorzuheben, daß vom Gesamtkomplex des Rechtsschutzes, in dem Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG eingeschlossen ist, ausgegangen wird, um dann schrittweise die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG klären zu können. Im ersten Teil wird daher die Stellung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG im Rechtsschutzsystem dargestellt. Dies bildet dann die Ausgangslage für die Klärung des Verhältnisses des Satzes 2 zu Satz 1. Im zweiten Teil werden die übergreifenden Gesichtspunkte herausgestellt und an casuellen Problemlagen verdeutlicht und erhärtet. Im dritten und letzten Teil soll dann die dogmatische Eigentlichkeit des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG aufgezeigt werden. Dies geschieht einmal zur praktischen Seite hin und zum anderen durch die Erörterung der rechtstheoretischen Aspekte, zu denen Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG Anlaß gibt.

Die Anregung für diese Untersuchung ging von der Frage aus, welche Kasuistik zu Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG sich herausgebildet hat. Bei dem Versuch, die gefundenen Erkenntnisse methodisch zu ordnen, stellten sich zwei Schwerpunkte heraus: Einmal das Verhältnis des Satzes 2 zur Verfassungsbeschwerde, und zum anderen die Frage der Aufhebbarkeit des Satzes 2 durch den verfassungsändernden Gesetzgeber. Der letzte Problemkreis wurde anläßlich der Einfügung des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG nicht nur durch das Bundesverfassungsgericht¹⁾ angeschnitten, sondern fand auch ein vielfältiges Echo in der Literatur²⁾. Es erschien reizvoll, den Versuch zu unternehmen Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG mit dem Freiheitssatz³⁾ in Beziehung zu setzen, da dieser Gesichtspunkt bei der Erörterung des Art. 79 Abs. 3 Halbsatz 3 GG wenig beachtet wurde.

1) BVerfGE 30,1 ff. (Abhörentscheidung).

2) Dürig-Evers; Häberle, JZ 1971, 145 ff.; Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 183 ff.; Schlink, Der Staat 1973, 85 ff.; u.a.

3) Peter Schneider, Recht und Macht.

H a u p t t e i l

1. Teil

Die Stellung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG im
Rechtsschutzsystem der Bundesrepublik

§ 1 Art. 19 Abs. 4 GG a.F. als Reaktion auf die Weimarer
Verfassung ¹⁾ und die nationalsozialistische Diktatur

Ohne die Kenntnis des wirklichen Hintergrundes einer gesetzlichen Bestimmung kann die Wertung dieser Bestimmung möglicherweise zu beziehungslosen Aussagen führen. Daher soll die Wirklichkeit im Sinne des sprachlich. Faßbaren in ihrem möglichen Bezug zu Art. 19 Abs. 4 GG a.F. beschrieben werden. Dabei wird zunächst nicht der Wille des Gesetzgebers erforscht, sondern es soll eine knappe Beschreibung der Rechtsschutzsituation versucht werden. Dabei muß die Zeitspanne vor dem Inkrafttreten des Art. 19 Abs. 4 GG a.F. am 23. Mai 1949 ins Auge gefaßt werden. Anschließend ist auf die Vorstellung des Verfassungsgesetzgebers zu Art. 19 Abs. 4 GG a.F. einzugehen.

Dieser Zustandsbericht soll die Basis schaffen, von der aus mögliche Bedeutungswandlungen einsichtiger werden. Insoweit sei es erlaubt, diesen Aspekt der historischen Interpretationsmethode zu nutzen. Die Entstehungssituation einer Norm zur Erfassung der Norm wird auch im allgemeinen als ein relevantes Auslegungskriterium anerkannt ²⁾.

1) Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919.

2) Klug, S. 139; Larenz, S. 310; einschränkend Peter Schneider nur insofern, als er davor warnt, nach einem gewissen Zeitablauf "Unrecht" für "Recht" zu nehmen: in; Recht und Macht S. 93.

Kurze Zeit nach dem "Zusammenbruch" errichteten die damaligen Besatzungsmächte in den einzelnen Zonen wieder eine Verwaltungsgerichtsbarkeit ein. Van Husen meinte feststellen zu können, daß dies weniger aus der Einsicht heraus geschah, dem Besiegten unmittelbar zu helfen, als viel mehr aus der Notwendigkeit heraus, die Verwaltung wirksamer kontrollieren zu können, da diese ohne diese Kontrolle nicht die zugewiesenen Aufgaben zufriedenstellend erledigte. Kurz: die Verwaltung funktionierte ohne Kontrolle nicht ¹⁾. Das Besondere und Charakteristische der neu errichteten Verwaltungsgerichtsbarkeit war, daß sie im Gegensatz zur Weimarer Zeit in den Westzonen im wesentlichen von dem Enumerativsystem zu der Generalklausel übergegangen war ²⁾. So änderte die Generalklausel des Art. 19 Abs. 4 GG a.F. unmittelbar nichts an der bestehenden Rechtslage.

Es könnte scheinen, daß die Verbesserung des Rechtsschutzes schon von den Besatzungsmächten vorweggenommen war. Denn erst nach dem zweiten Weltkrieg entstand ein immer besser ausgebauter Rechtsschutz für den Bürger. Das Reichsgericht ³⁾ hatte nämlich 1921 festgestellt, daß es einen Rechtssatz, der "alle staatlichen Maßnahmen der Kontrolle entweder des Verwaltungsrichters oder des ordentlichen Richters" unterwirft, nicht gibt. Art. 107 Weimarer Verfassung, der die Einrichtung von Verwaltungsgerichten "zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden", vorsah, galt allgemein als ein Programm für die Gesetzgebung ⁴⁾. Selbst dieses unerfüllte Programm wurde durch den "Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Vereinfachung der Verwaltung vom 28.8.1939" ⁵⁾ sowie der

1) van Husen, S. 1 ff. (S. 3).

2) Eyermann-Fröhler, Einleitung Anm. 1-17.

3) RGZ 102 (1921), 246 (249).

4) Anschütz, Art. 107 (Seite 498).

5) RGBL. I, 1536/7.

"Zweiten Verordnung über die Vereinfachung der Verwaltung vom 6. November 1939" ¹⁾ stark eingeschränkt. Mit Erlaß vom 3. April 1941 ²⁾ wurde nicht nur die verbliebene oberste Verwaltungsgerichtsbarkeit an einem Gericht, nämlich dem Reichsverwaltungsgericht konzentriert, sondern von nun ab wurde ein neuer Maßstab auch ausdrücklich normiert. In § 7 der genannten Verordnung heißt es: "Die Mitglieder des Reichsverwaltungsgerichts sind bei der Sachentscheidung keinen Weisungen unterworfen. Sie haben ihre Stimme nach ihrer freien, aus dem gesamten Sachstand geschöpften Überzeugung und nach der von n a t i o n a l s o z i a l i s t i s c h e r W e l t a n s c h a u n g ³⁾ getragenen Rechtsauslegung abzugeben."

"Die entscheidende Schwäche der Weimarer Demokratie war ihre Wertneutralität" ⁴⁾. Daher, nun dem Willen des Verfassungs-gesetzgebers zugewandt, kam es dem parlamentarischen Rat darauf an, einen Maßstab zu finden, der eine neuerliche Wendung zum Nachteil aller möglichst unwahrscheinlich machen sollte. Die Würde des Menschen sollte nunmehr der wertausfüllende Maßstab für alles staatliche Handeln sein ⁵⁾. Diese verfassungsrechtliche Grundentscheidung wurde verfahrensrechtlich durch die Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes praktisch gesichert ⁶⁾. Diese Reihenfolge spiegelt sich auch in der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes wieder. So hatte der Herrenchiemsee-Entwurf eine Rechtsschutzklausel gar nicht enthalten ⁷⁾. Erst der Parlamentarische Rat fügte die Rechtsschutzklausel ein

1) RGBl. I, 2168.

2) RGBl. I, 201/2.

3) gesperrt vom Verfasser. Zur Rechtstheorie des Nationalsozialismus: J. Gernhuber, Das völkische Recht: in; Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968.

4) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 I Anm. 46; Art. 18 Anm. 5.

5) a.a.O., Art. 1 I Anm. 1; 15; Otto, S. 62, 70.

6) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Anm. 12; Wernicke, Art. 19 IV Anm. II 4.

7) JöR 1 (1951), S. 183.

und stellte sie an das Ende des Grundrechtskataloges, "um das Verfahren zu kennzeichnen, wodurch die materiellen Grundrechte verfahrensmäßig gesichert sind" ¹⁾. Das macht nachdrücklich deutlich, daß der Verfassungsgesetzgeber den Schwerpunkt nicht in der Rechtsschutzklausel sah, sondern in der materiellen Seite der Verfassung. Es klingt daher nicht recht überzeugend, wenn bei einer Untersuchung des "Staatsverständnisses des Parlamentarischen Rates" das Leitbild des Justizstaates sehr in den Vordergrund gerückt wird ²⁾. Daß im Laufe der folgenden Jahre dieser Gesichtspunkt im Sinne eines Rechtswegstaates kritisiert wurde, ist schon ein Stück Bedeutungswandel, auf den schon an dieser Stelle hingewiesen werden soll.

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG kann nach dem Dargestellten nicht als unmittelbare Reaktion auf die Weimarer Verfassung und die nationalsozialistische Diktatur begriffen werden. Die Rechtswegklausel ist die aktuelle, verfassungsrechtliche Absicherung eines Staatsverständnisses, das an der Würde des Menschen orientiert ist. Die Rechtswegklausel ist so betrachtet als Hilfsmittel eingeführt worden. Ein Nachweis etwa, daß der Parlamentarische Rat einen Richterstaat errichten wollte, ließe sich nicht führen. Einer solchen Konzeption stände schon der Grundsatz der Gewaltenteilung entgegen. Zusammengefaßt ist festzuhalten, daß schon bei seinem Inkrafttreten Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG eine größere prinzipielle als praktische Bedeutung hatte ³⁾. Dieses Prinzip war aber auf den Staatsbürger des Grundgesetzes bezogen und nicht auf das Funktionieren der allgemeinen Verwaltung. Daher bedeutet die Einführung der Rechtswegklausel eine Rechtsverbesserung für den Bürger, und erst in zweiter Linie bewirkte sie vermutlich ein besseres Funktionieren der Verwaltung.

1) JöR 1 (1951), S. 185/6.

2) Otto, S. 31 ff., 97 ff., 178 ff.

3) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 1.

§ 2 Die Konkretisierung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG

Die unmittelbare Geltung ¹⁾ der Rechtswegklausel löste zahlreiche Rechtsstreite aus. Der Kampf des Individuums mit dem Staat wurde intensiver. Das Rechtsschutzprinzip drang gewissermaßen in die Nischen der Staatlichkeit ein. Es sei erinnert an die Auseinandersetzungen um die sog. gerichtsfreien Hoheitsakten in Gestalt von Regierungsakten, Gnadenakten, Akten im besonderen Gewaltverhältnis u.ä.. Die Fülle dieser Einzelheiten soll hier nur erwähnt werden, um Strukturen aufzuzeigen. Diese Strukturen lassen den Schluß zu, daß durch die sich häufenden richterlichen Erkenntnisse ein Druck auf den Gesetzgeber entstand, zu Gunsten des Bürgers die Initiative zu ergreifen. So berufen sich alle Verfahrensgesetzgeber der drei öffentlich-rechtlichen Streitsachen darauf, daß das neu geschaffene Verfahrensgesetz eine Ausformung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG ist.

Das gilt zunächst für das SGG vom 3.9.1953. Das SGG löst das bis dahin geltende Verfahrensrecht der Reichsversicherungsordnung ab und ist mithin Ausdruck des Rechtsschutzgedankens ²⁾. In der Begründung ³⁾ zur VwGO vom 21.1.1960 heißt es: "Der Verwaltungsrechtsweg wird für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten eröffnet. Damit wird...dem Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung getragen,...". Schließlich wird für die Gestaltung der FGO vom 6.10.1965 betont ⁴⁾, daß diese sich an Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG orientiert hat. Insbesondere wird die neu errichtete Fassung nicht mehr vom Gedanken

1) a.a.O., Art. 19 IV Anm. 2.

2) Sammlung: Verhandlungen des dtsh. Bundestages II, 1. Wahlperiode Drucksache 4225-Begründung, Allg. 1 (S. 13); Peters-Sautter-Wolff, Einleitung S. 27; § 51 Anm. 9a.

3) Sammlung: Verhandlungen des dtsh. Bundestages II, 3. Wahlperiode-Drucksache 1094, II Allgm.; Zitat aus: Eyer-mann-Fröhler, § 40-Vorbemerkung.

4) a.a.O., 4. Wahlperiode-Drucksache 1446-Anlage 1, Abschnitt III (S. 36); Hübschmann-Hepp-Spitaler, Einführung Anm. 70/72; § 33, Anm. 1/2.

der Verwaltungskontrolle, sondern vom Rechtsschutzgedanken getragen. Obwohl die FGO erst 1965 in Kraft trat, war ein BFH-Gutachten vom 17.4.1951 ¹⁾ das für eine Gesetzesinitiative auslösende Moment.

Mit diesen Feststellungen kann festgehalten werden, daß das Rechtsschutzprinzip des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG sich unmittelbar und direkt entfaltete, indem es Einzelfälle entschied. Andererseits veranlaßte es dadurch den Gesetzgeber, neue Verfahrensordnungen zu schaffen, die ihrerseits allgemein den Rechtsschutz verbesserten. Gemessen an der Menge der bewirkten bzw. veranlaßten Rechtssätze, bedarf es keines gesonderten Nachweises, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG mehr prinzipiell, d.h. gesetzesinitiativ, als direkt, d.h. einzelfallentscheidend wirkte.

§ 3 Das Verhältnis des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Dieser Paragraph soll nicht die dogmatische Einordnung der Bundesverfassungsbeschwerde in die rechtsprechende Gewalt behandeln ²⁾, sondern das Verhältnis von Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zum Anlaß nehmen, den Satz 2 in einer möglichen Auswirkung im Rechtsschutzsystem zu erläutern. Auf diese Weise wird eine Grundlage geschaffen, um die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG klären zu können.

Auf den ersten Blick scheint es, als habe sich zu der angeschnittenen Frage eine feste Meinung gebildet. Das Bundes-

1) BStBl. III, 107.

2) vgl.: J. Leibold, Die Eingliederung der Verfassungsbeschwerde in die rechtsprechende Gewalt und die Erschöpfung des Rechtsweges.-Heidelberg, jur. Diss. (1972); zitiert nach der "Karlsruher Juristischen Bibliographie", Heft 5-7 aus 1973 (Nr. 7054).

verfassungsgericht stellte fest ¹⁾:

"Wenn Art. 19 Abs. 4 GG den ordentlichen Rechtsweg nur insoweit eröffnet, als nicht "eine andere Zuständigkeit" begründet ist, so ist hierbei nicht an die Verfassungsgerichtsbarkeit gedacht(...). Vielmehr will Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich schon dann den ordentlichen Rechtsweg eröffnen, wenn ein ihm oder dem Verwaltungsrechtsweg etwa entsprechender anderer Rechtsweg nicht gegeben ist. Die Verfassungsbeschwerde ist jedoch kein solcher Rechtsweg. Sie ist vielmehr gemäß § 90 Abs. 2 BVerfGG ein letzter nur auf den Schutz der Grundrechte beschränkter verfassungsmäßiger Rechtsbehelf, der nur dann gegeben ist, wenn alle sonstigen Möglichkeiten zu allgemeiner richterlicher Nachprüfung erschöpft sind."

Das Schrifttum ²⁾ hat diese Feststellung mehr oder weniger unreflektiert übernommen, so daß der Eindruck entsteht, daß es sich hier um eine Unabänderlichkeit handelt. Ausgangspunkt für eine Überprüfung dieser Aussage ist die Überlegung, daß es wenig Überzeugend ist, dem in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG umfassend garantierten Rechtsschutz, den Rechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht nicht zuzuordnen.

I. Zur Methode

Bevor das Verhältnis der beiden Subsidiaritätsklauseln zueinander untersucht wird, sei ein Wort zur Methode vorangestellt, damit der Plan aufgezeigt werden kann, dem diese Einzelerörterung folgen soll. Die Frage, in welchem Verhältnis die Subsidiaritätsklauseln stehen, ist eine Auslegungsfrage. Die Antwort darauf soll die objektiv-systematische Auslegungsmethode geben, in der Gestalt, die sie durch K.

1) BVerfGE 1, 333 (344); vgl. auch: BVerfGE 2, 237 (244).

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 54; Maunz, Sigloch u.a., § 90 II Anm. 190; Schmidt-Bleibtreu, Klein, S. 132; Maunz, Staatsrecht, § 31 IV 4; Schramm, Bd. I, § 20, D, XV; ders., Bd. II, § 42, C, III; Scherer, S. 124; Späth, S. 14; Röhl, MDR 1954, 387; ders., JZ 1954, 69; Echterhölter, BB 1954, 894; Walz, NJW 1952, 187; Roellecke, S. 294.

Larenz und insbesondere mit dem Blick auf die Verfassungsinterpretation durch Peter Schneider gefunden hat.

Als Hypothese soll gelten, daß die Verfassungsbeschwerde ein Rechtsweg im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ist. Die Meinung, daß die Verfassungsbeschwerde einen Rechtsweg im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG darstellt, wäre dann haltbar, wenn dies der Sinngehalt der Normen ergäbe. Eine Auslegung käme zunächst in Betracht, um den hier verdeckten Sinngehalt der Normen zu erkennen, der sich hinter den Begriffen verbirgt. Die Auslegung deckt den a priori vorausgesetzten Sinngehalt auf, da die Rechtssprache Begriffe verwendet, die den Sinngehalt nur chiffrehaft andeutet ¹⁾. Eine Auslegung hat allerdings da ihre Grenzen, wo sie eine Lösung sucht, die nicht mehr vom Wortlaut der Normen gedeckt wird ²⁾. Es müßte im vorliegenden Falle also anhand einzelner Auslegungskriterien geprüft werden, ob der Wille des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG, Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG vorgeht, oder umgekehrt der Wille des Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG dem des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG. In einem ³⁾ ersten Schritt klärt dies die grammatikalische Auslegung. Das gewonnene Ergebnis muß darauf untersucht ⁴⁾ werden, in welchem logischen Zusammenhang die Normen stehen. Steht dieser fest, so ist ergänzend ⁵⁾ an der Entstehungsgeschichte der Normen und deren Sachzusammenhang zu prüfen, ob dieses Ergebnis dem objektiven Normzweck ⁶⁾ entspricht. Wird das Ergebnis dieser Prüfung gewürdigt, so könnte sich ergeben, daß die einzelnen Normzwecke sich zwar entsprechen, aber die einzelne Anordnung widerspruchsvoll ist. Für diesen Fall gilt es zu beden-

1) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 65, 77; Larenz, S. 489.

2) Peter Schneider, a.a.O., S. 92, 95; Larenz, S. 292.

3) Peter Schneider, a.a.O., S. 72; Larenz, S. 320 ff.

4) Peter Schneider, a.a.O., S. 72.

5) a.a.O., S. 93, 95.

6) a.a.O., S. 72.

ken, daß der einzelne Normzweck immer nur so weit maßgeblich ist, als er sich in das Ganze der rechtlichen Zwecke in diesem Rechtsgebiet einfügen läßt. Dieses Ganze der Zwecke wird zwar dem Gesetzgeber regelmäßig als Leitbild vor Augen stehen, er wird aber keineswegs immer schon alle sich hieraus im einzelnen ergebenden Folgen übersehen. Daher muß der Interpret sich zunächst die Gedanken des Gesetzgebers zueigen machen, um dann folgerichtig weiterzudenken. Dabei kann es nun geschehen, daß festgestellt werden muß, daß der Gesetzgeber einen Widerspruch seiner Regelung nicht gesehen und die erforderliche Abstimmung nicht vorgenommen hat. Dann ist das Ganze der Zwecke dem Interpreten nicht vorgegeben, sondern aufgegeben, objektiv zu erforschen. Hier gilt es für den Interpreten einer freiheitlich-demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung, das Gebot zu beachten, daß "Kompetenzvorschriften nach Maßgabe der mit der Kompetenz gegebenen materiellen Funktion und im Hinblick auf die verfassungsmäßigen Rechte des Bürgers auszulegen" sind ¹⁾.

II. Analyse

1. Grammatikalische Auslegung im Hinblick auf die Möglichkeit eines Konkurrenzverhältnisses

Die grammatikalische Auslegung soll den möglichen Wortsinn erfassen; denn, was nicht wenigstens einem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, wird durch den Text des Gesetzes nicht mehr gedeckt. Die grammatikalische Auslegung bildet immer den Ausgangspunkt der Auslegung. Nur dem Gesetzestext kommt die Autorität des vom Gesetzgeber Angeordneten zu. Hier drängt sich durch die Besonderheit des Falles die Frage auf, ob ein Fall der Konkurrenz vorliegt.

1) a.a.O., S. 118 (96).

Eine Konkurrenz liegt dann vor, wenn auf denselben Sachverhalt (S) die Tatbestände (T) mehrerer Rechtssätze zutreffen. Diese Tatbestände können gleiche oder verschiedene Rechtsfolgen anordnen. Das wirft das Problem der Konkurrenz der Rechtsfolgen auf.

Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt, so ergeben sich in bezug auf Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG und Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG ¹⁾, weil dieser Sachverhalt beide Tatbestände grundsätzlich erfüllt, folgende Rechtsfolgen:

Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ordnet an, daß die Klage zu den ordentlichen Gerichten zu erheben ist, soweit keine andere Zuständigkeit begründet ist. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ordnet an, daß die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben werden kann nach Erschöpfung des Rechtsweges.

Damit ist gezeigt, daß bei gleichem Sachverhalt mehrere Tatbestände erfüllt sind. Diese ordnen verschiedene Rechtsfolgen an. Sie ordnen im Ergebnis einmal die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte an, das andere Mal die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichtes.

Wenn verschiedene Rechtsfolgen bei gleichem Sachverhalt angeordnet werden, so gibt es verschieden strukturierte Konkurrenzen.

1) Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG ist in § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG entsprochen. Im Folgenden wird daher, soweit es um die spezielle Ausformung des Art. 94 Abs. 2 Satz 2 geht, nur § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ausdrücklich erwähnt.

a) Kumulative Konkurrenz

Eine kumulative Konkurrenz liegt dann vor, wenn sowohl die Rechtsfolge von T¹ wie die von T² nebeneinander zur Anwendung kommen können ¹⁾. Der Grundrechtsverletzte muß also gleichzeitig das ordentliche Gericht und das Bundesverfassungsgericht anrufen können. Einen ähnlichen Fall gibt es, da eine Verfassungsbeschwerde gleichzeitig bei einem Landesverfassungsgericht und beim Bundesverfassungsgericht eingelegt werden kann gemäß § 90 Abs. 3 BVerfGG. In unserem Fall findet sich keine solche Bestimmung. Es stehen sich lediglich die Forderungen der einzelnen Vorschriften gegenüber. So fordert Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG, daß keine "andere Zuständigkeit" begründet sein darf. Die Verfassungsbeschwerde kann eine solche Zuständigkeit sein. Andererseits fordert für die Verfassungsbeschwerde § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG die vorherige Rechtswegerschöpfung. Hier stellt sich die Frage, ob nicht Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ein solcher Rechtsweg ist.

Die Voraussetzungen, das eine oder andere Gericht anzurufen, sind so geartet, daß schon nach dem Wortlaut der Normen das eine oder das andere Gericht zuvor angerufen werden muß. Es ist dem Wortlaut nach nicht möglich, beide gleichzeitig anzurufen. Demnach scheidet eine kumulative Konkurrenz aus.

b) Alternative Konkurrenz

Eine alternative Konkurrenz setzt voraus, daß beide Rechtsätze anzuwenden sind in dem Sinne, daß der danach Berechtigte die Wahl zwischen den Rechtsfolgen des einen oder des anderen Tatbestandes hat ²⁾.

1) Larenz, S. 207.

2) a.a.O., S. 207.

Der Grundrechtsverletzte muß also wählen können, ob er die Verfassungsbeschwerde vor das Bundesverfassungsgericht oder eine Klage an das ordentliche Gericht einreichen will. Der Wortlaut läßt keine von beiden Möglichkeiten zu, da die Forderungen der Vorschriften sich unvermittelnd gegenüberstehen. So liegt auch keine alternative Konkurrenz vor.

c) Gesetzeskonkurrenz

Eine Gesetzeskonkurrenz ist dann gegeben, wenn nur der eine der beiden Rechtssätze angewandt werden kann (aa) oder soll (bb) ¹⁾.

zu aa)

Ein Rechtssatz "kann" nur angewandt werden, wenn seine Rechtsfolge die Rechtsfolge des anderen Rechtssatzes ausschließt. In solchen Fällen liegt ein formaler Widerspruch im Gesetz vor, der nur dadurch aufgelöst wird, daß eine Norm der anderen Norm vorgehen muß. Welcher Rechtssatz allein gelten soll, entscheidet der Sinn der Normen. Dieser Fall ist hier gegeben, wenn es möglich ist, daß der Grundrechtsverletzte nur das ordentliche Gericht oder nur das Bundesverfassungsgericht anrufen kann, weil die jeweilige Appellation zu einem der beiden Gerichtshöfe die Anrufung des verbleibenden Gerichtes unmöglich macht.

Möglich jedoch ist nach dem Wortlaut der gegebenen Normen die Anrufung beider Gerichte. Es läßt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, daß die Anrufung eines der beiden Gerichte die Anrufung des anderen ausschließt. Ganz im Gegenteil, die Anrufung des anderen Gerichtes wird vor der eigenen von je-

1) a.a.O., S. 207.

der Norm gefordert. Damit schließen sich die Rechtsfolgen (Anrufung der Gerichtshöfe) nicht aus.

zu bb)

So bleibt zu untersuchen, wann welcher Rechtssatz Anwendung finden "soll". Ein Rechtssatz soll zuvor angewendet werden, wenn der andere entweder ausdrücklich oder dem Sinne nach ausgeschlossen ist, das heißt nur subsidiär gelten soll.

Wortwörtlich ist aus keiner Vorschrift zu entnehmen, ob sie gegenüber Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG bzw. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG subsidiär gelten soll ¹⁾. Es läßt sich formal nur sagen, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG subsidiär gelten will, gegenüber allen anderen, also auch gegenüber § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG will aber auch gegenüber allen Normen subsidiär gelten, so auch gegenüber Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG. Jedenfalls erhellt sich, daß eine subsidiäre Konkurrenz vorliegt, die einer weiterführenden Untersuchung bedarf.

Ergebnis der grammatikalischen Auslegung

Da sich aus dem Wortlaut der Rechtssätze nur eine allgemeine Subsidiarität ableiten läßt, ist die Meinung ²⁾, die ein Ergebnis aus dem Wortlaut ableiten will, widerlegt.

Um nun zu klären, welcher Rechtssatz subsidiär sein soll, muß der Zweck der Rechtssätze erschlossen werden. Das geschieht einleitend durch die formal-logische Auslegung.

1) Klug, S. 139; Bettermann, Grundrechte, S. 823.

2) Hesse, Rechtsschutz, S. 84 Anm. 2.

2. Formal-logische Auslegung

Das Ergebnis der formal-logischen Auslegung ist kein endgültiges ¹⁾ Entscheidungskriterium. Andererseits ist jedoch die formal-logische Auslegung ein Grundstein, der nicht wegdenkbar ist. Würde er fehlen, so würde ein Auslegungsergebnis kaum überzeugend sein können. So muß nun geprüft werden, in welchem logisch-systematischen Verhältnis die beiden Subsidiaritätsklauseln zueinander stehen.

Der Satz *lex specialis derogat legi generali* würde in Betracht zu ziehen sein, wenn der Normbereich des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG vom Normbereich des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG voll erfaßt ist. Dagegen müßte der Normbereich des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG weiter sein als der Normbereich des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Dies verdeutlicht, daß dann § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ein Unterfall des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG wäre. Dieses denkbare Zuordnungsverhältnis könnte in der Weise gewertet werden, daß die engere Bestimmung des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG auch die maßgebende wäre.

Die beiden Subsidiaritätsklauseln werden erst fraglich, wenn überhaupt das betreffende Rechtsschutzverfahren in Gang gesetzt werden kann. Die Rechtsfolgen des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG und des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG sind also teilweise an den Tatbestand des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und zum Teil an den des § 90 Abs. 1 BVerfGG geknüpft. Durch diese Einbeziehung wird es erforderlich, den einbezogenen Tatbestand aufzuzeigen, damit die gestellte Frage nach einer möglichen Spezialisität beantwortet werden kann. So betrachtet wird die Anrufung der betreffenden Gerichte erst zulässig, wenn eine Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt behauptet wird. Die Begriffe der "öffentlichen Gewalt" (a), der "Rech-

1) Larenz, S. 207.

te" (b) und der "Rechtsverletzung" (c) in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG sind daher nunmehr zu erläutern.

- a) Der Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG

Seit der Gewaltenteilungslehre von Montesquieu und deren Verwirklichung, besonders auch im Grundgesetz (vgl. Art. 1 Abs. 3; Art. 20 Abs. 3 GG), kann von drei Funktionsbereichen ausgegangen werden, nämlich der Legislative, der Exekutive und der Justiz ¹⁾. Die Untersuchung des Begriffes der öffentlichen Gewalt geht daher von der Vermutung aus, daß die Legislative, die Exekutive und die Justiz Bestandteile der öffentlichen Gewalt sind ²⁾. Die Notwendigkeit, mit einer Ausgangsvermutung zu argumentieren, ergibt sich aus der Tatsache, daß im Grundgesetz eine Legaldefinition nicht enthalten ist, und außerdem der Begriff nur zweimal verwendet wird, so in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und in Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG. Damit fehlt zunächst ein Vergleichsfeld. Entscheidend wird somit der Bezug zum materiellen Recht, das der Rechtsschutz, wie schon erwähnt ³⁾, garantieren soll.

aa) Einmütigkeit hinsichtlich der Rechtsschutzklauseln besteht, soweit es gilt, die Tätigkeit der Exekutive im konkreten Einzelfall gerichtlich nachzuprüfen ⁴⁾. Soweit die "gerichtsfreien Hoheitsakte" erörtert werden ⁵⁾, muß begriffsnotwendig für beide Gerichte dasselbe gelten, so daß hier eine Erörterung entfallen kann.

1) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 171/2.

2) Lorenz, S. 153; Schramm, § 42 B.

3) vgl. oben § 1.

4) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 19; drs. Art. 93 Anm. 69.

5) a.a.O., Art. 19 IV Anm. 23 bis Anm. 28; Maunz, Sigloch, u.a., § 90 Anm. 168 ff.

bb) Strittig ist die Frage, ob alle Rechtssetzungsakte der Exekutive und der Legislative unter die Eingriffsakte der öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu subsumieren sind. Daß dagegen solche Rechtssetzungsakte im Verfassungsbeschwerdeverfahren überprüfbar sind, wird einhellig bejaht ¹⁾. Somit ist Veranlassung gegeben, in der strittigen Frage eine Antwort zu finden, dagegen erübrigt sich dies im Verfassungsbeschwerdeverfahren, da dort der Ausgangsvermutung entsprochen wird.

Das Bundesverfassungsgericht ²⁾ hat sich zu diesem Fragenkomplex geäußert. Die Entscheidungsgründe dazu sollen im Folgenden eingehend untersucht werden. Das Bundesverfassungsgericht sieht in dem Begriff der öffentlichen Gewalt nicht den Gesetzgeber mit umschlossen, so daß eine Normenkontrolle über Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG für das Bundesverfassungsgericht ausscheidet. In den Gründen führt das Bundesverfassungsgericht aus, daß Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 97 Abs. 1 GG jedes Gericht zwingen, das geltende Recht zur Grundlage der richterlichen Erkenntnis zu machen. Soll also das Gesetz Gegenstand richterlicher Rechtsfindung sein, so muß dies aus einer Bestimmung, die eine solche Klage gewähren soll, eindeutig hervorgehen. Solchermaßen geartete Bestimmungen finden sich im Grundgesetz nur in Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG und Art. 100 Abs. 1 GG (Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG ist erst nach dem Zeitpunkt der Entscheidung in das Grundgesetz eingefügt worden). Diese Regelungen seien abschließend. Auch die Rechtsgeschichte kenne keine normierte Normenkontrolle. Die Popularklage der Frankfurter Reichsverfassung des Jahres 1849 in Art. 126 f trat nicht in Kraft ³⁾. Hätte also das Grundgesetz traditionsbrechend wirken sollen,

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 93 Anm. 69; Maunz, Sigloch, u.a.; § 90 Anm. 68.

2) BVerfGE 24, 33 (49); 24, 367 (401).

3) Abgedruckt bei E.R. Huber, Dokumente, S. 304 ff.

so hätte u.a. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG eine Klage des Bürgers direkt gegen Rechtssetzungsakte vorsehen müssen. In- des fehlt es an einer solchen Bestimmung, wie sie ver- gleichsweise in der Bayerischen Verfassung in Art. 98 Satz 4 enthalten ist.

Der Rückgriff auf die Verfassungstradition ist insofern ver- ständlich, als Klein ¹⁾ schon 1950 mit diesem Argument eine beachtliche Anhängerschaft gewonnen hatte ²⁾. Dagegen waren sofort Stimmen laut geworden ³⁾, die darauf hinwiesen, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gerade eine Neuerung darstellte und nicht die Rechtsschutztradition fortsetzen wollte. Diese Frage ist hier schon angeschnitten worden ⁴⁾ und auch im üb- rigen unbestritten ⁵⁾.

Den weiteren Einwand, daß Rechtsnormen nicht Gegenstand richterlicher Erkenntnis sein können, hält das Bundesverfas- sungsgericht selbst für einschränkbar, da es Ausnahmen für denkbar hält ⁶⁾. Allerdings meint es nicht Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dazu zählen zu sollen.

Art. 1 Abs. 3 GG bindet die Gesetzgebung an die Grundrechte und Art. 20 Abs. 3 GG darüberhinaus an die verfassungsmäßige Ordnung. Insoweit muß sich die Gesetzgebung auch gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG einer Kontrolle unterziehen ⁷⁾. Hier wird die oben dargelegte Ausgangsvermutung bestätigt. Wäh- rend nun das Bundesverfassungsgericht von der gegenteiligen

1) Klein, F., VVDStRL Heft 8 (1950), 106.

2) v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII, 5b; Koellreutter, S. 59; Obermayer, Verwaltungsakt, S. 37 ff.; Hesse, Grundzüge, S. 134; LVGH Rheinland-Pfalz, JZ 1951, 372; auch Friesenhahn, DV 1949, 482.

3) v.d. Heydte, VVDStRL Heft 8 (1950), 162; Wernicke, in Bonner Kommentar, Art. 19, S. 14.

4) siehe oben § 1.

5) Evers, Dürig-Evers, S. 62 ff.; Bettermann, AöR 96 (1971), S. 530.

6) BVerfGE 24, 33 (50); vgl. dazu Lorenz, S. 155.

7) Bettermann, Grundrechte, S. 789; drs., AöR 86 (1961), S. 154; Büsser, S. 17.

Vermutung ausgent, stehen hier Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 und Art. 100 Abs. 1 GG unter dem Zeichen der Einschränkung des Rechtsschutzes, den Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährt. Es erweist sich aber bei näherer Betrachtung, daß der methodische Ansatzpunkt für das Ergebnis nicht ausschlaggebend ist. Zwar regelt Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 und Art. 100 Abs. 1 GG eine Normenkontrolle, aber zwischen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG einerseits, Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 und Art. 100 Abs. 1 GG andererseits besteht keine echte Konkurrenz; denn Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dient der Realisierung des Individualrechtsschutzes und nur sekundär der Normenkontrolle, während Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG und Art. 100 Abs. 1 GG primär der absoluten Normenkontrolle dient, und der Rechtsschutz sekundär ist ¹⁾. Dadurch entsteht eine Lücke, die Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu schließen gebietet. Anderenfalls ist die Effektivität des Rechtsschutzes nicht gewährleistet, die Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG fordert ²⁾.

Dem hielt Lerche und das Bundesverwaltungsgericht schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes entgegen ³⁾, daß diese Lücke, bestände sie tatsächlich, nicht durch Interpretation gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers zu schließen ist. Der Gesetzgeber hat im Zweifel ein Ermessen, hier gestaltend einzugreifen ⁴⁾.

Inzwischen hat der Gesetzgeber eingegriffen, indem er nunmehr das Grundgesetz um die Verfassungsbeschwerde in Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG bereichert hat. Da der Wortlaut keinen

1) Bettermann, AöR 86 (1961), 154/155; Bachof, AöR 86 (1961) 187; Henke, JZ 1969, 145 ff.; Lorenz, DVBl. 1969, 145; Büsser, S. 18/19; v. Engelhardt, S. 129; Maurer, S. 280 Anm. 20.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 9.

3) Lerche, Klage, S. 82; drs. DVBl. 1954, 627 Anm. 18; BVerwG, DÖV 1965, 169 ff.

4) Im Ergebnis auch Schramm, § 42, B.

Anlaß bietet und innerliche Gründe nicht ersichtlich sind, muß angenommen werden, daß die Verfassungsbeschwerde in ihrer jetzigen Gestalt, so wie sie in den §§ 90 ff. BVerfGG formuliert ist, eingefügt ist und nun Verfassungsrang hat. Art. 93 Abs. 2 GG ist als Ermächtigungsnorm entfallen ¹⁾. Der Verfassungsgesetzgeber hat damit zu erkennen gegeben, daß die konkrete Normenkontrolle auf Initiative des Bürgers Verfassungsrang haben soll. Dies war dem Gesetzgeber wichtig, für den Verteidigungsfall zu klären, der ein Aspekt der Notstandsgesetzgebung war ²⁾. Die Neuerung gilt aber nun auch im Verfassungsalltag. Damit ist erneut zu klären, ob der ganz allgemein gehaltene Ausspruch, "die Gesetzgebung gehört nicht zur "öffentlichen Gewalt" im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG," ³⁾ überzeugend ist.

Zunächst war es, aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichtes gesehen, richtig, die Verfassungsbeschwerde, da sie nicht im Grundgesetz normiert war, zur Disposition des Bundesgesetzgebers zu stellen. Führte nun das Bundesverfassungsgericht seinen Begründungsansatz konsequent zu Ende, so müßte es nunmehr feststellen, daß die Nachprüfung von Gesetzen abschließend in Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2, Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a und Art. 100 Abs. 1 GG geregelt ist. Das Bundesverfassungsgericht müßte aber auch jede weitere Rechtsschutzverbesserung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber hinnehmen. Diese Aussicht macht deutlich, daß ein Bezugspunkt vorhanden sein muß, der immer wieder neu zur Festigung des Rechtsschutzes beiträgt. Dieser Bezugspunkt ist die Würde des Menschen, die in praktischer Hinsicht durch Gerichte gesichert ist. Dieser Individualrechtsschutz ist in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG enthalten. Gerade bei der

1) Nur noch für: § 32 Abs. 3 des Gesetzes über Volksbegehren und Volksentscheid (23.12.1955, EGBI. I, S. 835).

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 93 Anm. 64; drs., Art. 115g Anm. 19.

3) BVerfGG 24, 33 (49).

Einbettung der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz ist dies wieder deutlich geworden, da auch das Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG) bei dieser Gelegenheit in den Katalog geschützter Rechte aufgenommen worden ist. Dies zeigt, daß der Gesetzgeber nach wie vor den Staat vom Individuum her sieht, daß alle Staatseinrichtungen der Durchsetzung der Grundrechte dienen sollen. Der weite Rahmen, den Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG zieht, ist aber einschränkbar. Durch die Einfügung der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz ist zur Zeit im Hinblick auf die Kontrolle von förmlichen Gesetzen dem Rechtsschutz ausreichend Rechnung getragen ¹⁾.

Der Spruch des Bundesverfassungsgerichtes zur prinzipialen Normenkontrolle steht in einem besonderen Zusammenhang, dessen Einfluß die Entscheidung nicht so strikt von sich weisen kann, wie sie es mit folgender Bemerkung ²⁾ versucht hat: "Dabei ist es ohne Bedeutung, ob es sich um Vertragsgesetze, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder die sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, oder um andere Gesetze handelt." Die Entscheidung stand unter dem Druck, einen Schlußstrich unter die deutsch-niederländische Kriegsvergangenheit zu ziehen ³⁾. Dazu wurde ein Maßnahmegesetz gewählt ⁴⁾, welches jedweden Rechtsweg deshalb ausschloß. Diese Problematik weist ⁵⁾ auf die Verflochtenheit zwischen Parlament und vollziehender Gewalt hin. Es erweisen sich Maßnahmegesetze als Instrumente der Exekutive. Für den unmittelbar Betroffenen besteht letztlich kein Unterschied, ob ein Parlament oder ein Kreis- und Stadtrat ihn in seinen Rechten verletzt ⁶⁾ oder ob ein Einzelakt ergeht.

1) Lorenz, DVBl. 1969, 144 f.; Henke, JZ 1969, 145 ff.; Heidenhain, DÖV 1969, 269 ff.; Bettermann, AöR 96 (1971), 531 ff.

2) BVerfGE 24, 33 (51).

3) a.a.O., S. 48.

4) a.a.O., S. 52.

5) Lorenz, S. 162 ff. (165).

6) Umbach, DVBl. 1971, 743 (Anm. zu BVerfGE 31, 364).

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ordnet für jede Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt Gerichtsschutz an.

Soweit damit auf die Normprüfung gegen förmliche Normen eingegangen ist, so ist aber noch nichts ausdrücklich zu der Prüfung der untergesetzlichen Normen gesagt. Hier soll an die Feststellung, daß die staatlichen Maßnahmen bei gleicher Zielrichtung verschiedene Formen haben können, angeknüpft werden. In diesem Bereich sind möglicherweise die Ausführungen dazu nicht so heftig dem Vorwurf unnötiger Überspitzung ausgesetzt. Sie können indes dazu beitragen, die Ausführungen insoweit zu den förmlichen Normen einsichtiger zu machen.

Die ¹⁾ Diskussion über die Abgrenzungskriterien zwischen Verwaltungsakt und untergesetzlichen Normen ist schon seit der Jahrhundertwende im Gange. Der Schwerpunkt der Untersuchungen liegt bei der Klärung, wann ein Einzelfall geregelt wird. Neuere Ausblicke wären aber zu gewinnen, wenn die Frage im Vordergrund stände, ob die Allgemeingeltung als Wesensmerkmal eines Rechtsatzes anzusehen ist. Die Forderung nach Allgemeinheit einer Norm entsprang zunächst der vermeintlichen Gewißheit des Aristoteles ²⁾, daß nur so die vernünftige Gesetzmäßigkeit des Kosmos über den Einzelfall hinaus eine zweckmäßige Ordnung schaffen kann. Cicero reduziert diese Ableitung auf die Formel: "scitum et iussum in omnis" ³⁾. Die ⁴⁾ Rechts- und Staatsauffassung im ausgehe-

1) Abelein (S. 423 ff.) sind die nachfolgenden Gedankengänge entnommen. Sollten andere Quellen benutzt werden, so wird dies besonders angemerkt.

2) Zitiert nach Abelein, der auf weiteres Schrifttum verweist (S. 423).

3) M. Tullius Cicero, de legibus, liber tertius, cap. 19, § 44: "In privatos homines leges ferri noluerunt; id est enim privilegium; quo quid est iniustius? quom legis haec vis sit: scitum et iussum in omnis."

4) Coing, S. 65 f.

den Mittelalter dagegen ist zwar von der christlichen Religion überwiegend geprägt, kann aber die Anknüpfungspunkte an aristotelisches Gedankengut nicht verdecken. Denn Thomas von Aquino erhob Aristoteles zur bedeutenden philosophischen Autorität des Mittelalters. Erst die Aufklärung verdrängt den Gedanken an die Bindung außerirdischer Gegebenheiten und stellt den Menschen in der Gemeinschaft in den Vordergrund. An Stelle des von Gott eingesetzten Fürsten, der mit einer alles umfassenden Macht ausgestattet ist, tritt der freie und gleiche Mensch. Diese neue Lehre geht von dem Gedanken des "sogenannten Gesellschaftsvertrages" aus. Während Hobbes damit den aufgeschlossenen Absolutismus mit seinem Werk "Leviathan" einleitet, gelangt Locke zu ersten Ansätzen eines Rechts- und Verfassungsstaates. Doch Lockes Gedankengänge sichern erst den Menschen der Spätaufklärung in Deutschland einzelne Rechte gegenüber der fürstlichen Macht. Der Liberalismus des 19. Jahrhunderts erhebt die Forderung des Rechtsstaates akzentuierter. Er fordert, angeregt durch Montesquieu, die Teilung der Gewalt eines Herrschers in drei Gewalten. Die nicht in Kraft getretene Paulskirchenverfassung des Jahres 1849 enthält diese Gedanken. Aus der umfassenden Anordnungsbefugnis werden Befugnisse an Funktionsträger delegiert. Wenn nun Parlamente Gesetze erlassen und die Exekutive diese auszuführen hat, so war dies zunächst Rechtssicherung des Einzelnen. Insofern war es nur folgerichtig, daß ein Gerichtsschutz nur zur Überprüfung von Exekutivmaßnahmen entwickelt wurde. Die Exekutive wich mit der Setzung untergesetzlicher Normen aus. Dies gab Anlaß, den Begriff des Verwaltungsaktes so zu verfeinern, daß er eine weitergehende Überprüfung der Exekutive möglich machte. Schließlich waren die Verwaltungsakte in Form von Allgemeinverfügungen kaum noch von einer Verordnung zu trennen. In diesem Zusammenhang sei an die Auseinandersetzung über die Rechtsnatur der amtlichen Verkehrsschilder erinnert ¹⁾. "Der Gegensatz zwischen

1) Eyermann-Fröhler, § 42 Anm. 31.

Verwaltungsakt und Rechtssatz erweist sich damit als künstlich, von der Wissenschaft aus historischen Gründen innerhalb der Verfassungsentwicklung geschaffen ¹⁾."

Das geltende Rechtsschutzsystem baut aber nach wie vor auf dieser Unterscheidung auf. Es entspricht daher nicht den umfassenden Forderungen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Der Rechtsschutz wird demnach oft von diffizilen Abgrenzungsfragen abhängig ²⁾. Der Rechtsschutz kann aber nicht nach der Vergangenheit ausgerichtet werden, sondern es muß danach gefragt werden, ob die öffentliche Gewalt Rechte des Bürgers verletzt hat, und nicht, ob der Bürger außer durch Einzelakte auch durch einen Rechtssatz verletzt werden kann ³⁾.

Wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG ist dem Gesetzgeber aufgetragen, den Rechtsschutz gerade zur Kontrolle der untergesetzlichen Normen zu verbessern. Die Einführung der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz hat allerdings dem Argument, daß die Nachprüfung von untergesetzlichen Normen im GG nur in Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG geregelt ⁴⁾ sei, die Geltung genommen. Auf diese Weise wird die Möglichkeit ⁵⁾ der Verwaltung, in das Gebiet der Rechtssetzung auszuweichen, weiter eingeengt.

Art. 100 Abs. 1 GG erfaßt nicht die Prüfung untergesetzlicher Normen. Somit ist die Möglichkeit zur Verwerfung dieser

1) Abelein, S. 427.

2) Maurer, S. 285.

3) Abelein, S. 430.

4) BVerfGE 1, 197 ff.; BVerfGE 17, 209 ff.; Bettermann, AöR 86 (1961), 155; Renck, DÖV 1964, 4; Obermayer, DVBl. 1965, 631.

5) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 18; von Mangoldt-Klein, S. 571; Schmidt-Bleibtreu, Klein, Art. 19 IV Anm. 26; Lerche, ZZP 78 (1965), 16 ff., 25 ff.; Bachof, JZ 1966, S. 230, Ziff. 137, 143.

Normen Sache der befaßten Gerichte ¹⁾ und nicht die des Bundesverfassungsgerichtes. Wie schon erwähnt, findet der von Art. 1 Abs. 3 GG geforderte Individualrechtsschutz in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG seine verfahrensrechtliche Entsprechung. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden ²⁾, daß nunmehr uneingeschränkt die untergesetzlichen Normen einer prinzipialen Kontrolle zu unterwerfen sind. Die Verbesserung des Individualrechtsschutzes ist ein langwieriger Prozeß gewesen und wird es bleiben. Daher sind gewisse Einschränkungen hinzunehmen. Diese Einschränkungen lagen vordem in der Gestaltung des Normenverwerfungsverfahrens durch die Gerichte. Durch die Aufnahme der Verfassungsbeschwerde in das Grundgesetz wurden diese Möglichkeiten wesentlich erweitert. Weitere Lockerungen sind möglich und auf Bundesebene in der Ermächtigungsnorm des § 47 VwGO zu sehen, sowie in den zahlreichen Bestimmungen der einzelnen Länder, von denen Bayern besonders differenzierte Lösungen anbietet. Eine Lockerung über die augenblicklich geltende Verfassung hinaus entspränge dem Grundsatz, daß zugunsten der Freiheitsphäre des Bürgers jeder Bestimmung die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit innewohnt. Richtigerweise ³⁾ meint Foit, aus der allgemeinen Formulierung "Rechtsweg" wegen Art. 92 GG und Art. 97 GG auch Verfassungsgerichtsbarkeit lesen zu können. So gesehen war es nur ein kleiner Schritt zu folgern, daß es dem einfachen Bundes- oder Landesgesetzgeber freisteht, "andere Zuständigkeiten" gemäß Art. 74 Ziff. 1 GG zu begründen.

Der Ausgangspunkt dieses Abschnittes war die Aku-Entscheidung ⁴⁾. Nun hat das Bundesverfassungsgericht ⁵⁾ erklärt,

1) Zöllner, § 1 GVG Anm. 3 c; BVerfGE 18, 52 (59); 19, 17 (31/2).

2) Büsser, S. 18.

3) Foit, S. 45 f.

4) BVerfGE 24, 33 (49 ff.).

5) BVerfGE 31, 364 (368).

daß die Aku-Entscheidung nichts darüber besagt, "ob insoweit lediglich die formelle oder auch die materielle Gesetzgebung (einschließlich Gemeindesatzungen) gemeint" war.

Es scheint so, als habe der fast einmütige Widerspruch des Schrifttums das Bundesverfassungsgericht zum Einlenken bewegt. Auch ¹⁾ hier wird damit festgehalten, daß angesichts der historischen Entwicklung und der sich immer deutlicher abzeichnenden Tendenz in jeder Art von Planung die Zukunft zu determinieren in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auch der Gerichtsschutz gegen jede Art von Rechtssetzung enthalten ist. Die Vermutung, daß jede Art von Rechtssetzung in dem Begriff der öffentlichen Gewalt enthalten ist, erwies sich als nicht widerlegbar.

cc) Die dritte Gewalt, die Justiz, gehört unbestritten zum Bereich der Verfassungsbeschwerde. Das Bundesverfassungsgericht hat im wesentlichen ²⁾ die Auffassung vertreten, daß es seine Aufgabe sei zu untersuchen, ob dem gerichtlichen Urteil eine richtige Auslegung von der Bedeutung und der Reichweite eines Grundrechtes zu Grunde liege. Es habe weiter zu bewerten, ob das gerichtliche Auslegungsergebnis mit

-
- 1) Bachof, VVStRL Heft 18 (1960), 208, 211; drs., AöR 86 (1961), S. 187; Bettermann, Grundrechte, S. 789; drs. DVBl. 1965, 887; drs., AöR 96 (1971), S. 530, 532, 534; Obermayer, Grundzüge, S. 170; drs., VVDStRL Heft 18 (1960), 163; drs., DVBl. 1965, 626 ff.; Renck, DÖV 1964, 653; drs., JuS 1966, 273; Eschenburg, S. 476; Giese-Schunck, S. 59; Ule, Staatslexikon, Sp. 1777; Brinkmann, Art. 19 IV Anm. I, 7b (S. 28); Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 18; Lorenz, S. 151 ff.; 162 ff. m.w.N.
 - 2) Auf die Modifizierung nach dem Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198 ff.) einzugehen, ist hier nicht erforderlich, da es nur auf die Hauptrichtung ankommt. Es kann hier dahingestellt bleiben, wie weit das Ermessen der Gerichte in der Grundrechtsbewertung geht; vgl. M. Schröder, Anm. zu BVerfGE 32, 311 ff. in NJW 1972, 675 f.; Rupp-v. Brüneck-dissenting vote zu BVerfGE 30, 173 ff.

den Grundrechtsnormen und der in ihnen aufgerichteten Wertordnung vereinbar sei ¹⁾. Ließe es sich nun mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbaren, daß die Gerichtsbarkeit diese Maßstäbe nicht anwendete? Gibt dann noch die Formel ²⁾, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur "Schutz durch den Richter und nicht Schutz gegen den Richter" gewährt, eine bündige Antwort?

Die erste Frage löst eine zweite Frage aus; nämlich, ob es überhaupt eine letzte Instanz der Rechtsgewißheit gibt. Da der Mensch als fehlerbar gilt, ist es auch der Richter. Muß das nicht umsomehr für den gewählten Verfassungsrichter selbst gelten? Zum letzteren nur so viel: Einmal ist der Richter in seiner Unabhängigkeit von innen und außen bedroht und zum anderen allerdings auch durch die Art und Weise seiner Bestellung. Jeder Richter muß sich nach innen gegen Vorurteile, Befangenheiten, Ehrgeiz und Anpassungstendenzen versuchen zu wappnen ³⁾. Aber auch sein Arbeitsfeld wirkt von außen auf ihn als Objekt ein. So hat der Richter die Spannung zwischen Rechtsbewahrung und der der allseits verlangten Aufgeschlossenheit für die sich wandelnde soziale Wirklichkeit in seinem "stillen Kämmerlein" zu lösen ⁴⁾. Aus dieser stillen Reflexion würde er allerdings gerissen, wenn er sich zur Wahl stellen müßte, wie dies die Richter in der Schweiz, USA und der UDSSR z.B. müssen ⁵⁾. Eine Richterwahl ⁶⁾ bedeutet einerseits ein Höchstmaß an demokratischer Legitimation und verankert die Justiz fest im Bewußtsein der wählenden Bürger. Die Gefahr, die dabei der richterlichen

1) BVerfGE 18, 85 (93); BVerfGE 22, 93 (98 ff.); BVerfGE 32, 311 ff.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 17 (c); Lorenz, S. 241 Anm. 1 m.w.N.

3) Peter Schneider, Demokratie und Justiz, S. 260; K. Zweigert, in Festschrift für F. v. Hippel (1967), S. 711 ff.

4) Peter Schneider, a.a.O., S. 260.

5) a.a.O., S. 260.

6) G. Reinschmidt, ZRP 1972, 160 ff.; vgl. auch Nawotki, ZRP 1973, 128.

Unabhängigkeit auflauert, ist greifbar. Wer gewählt werden will, wird nicht umhinkommen, für sich zu werben. Dieses Moment ist solange nicht gravierend, solange lange Amtszeiten vorgesehen sind. Die gleichen Überlegungen wären auch bei einem System der Parlamentswahl anzustellen ¹⁾. Gerade hier setzt Ule ²⁾ an, indem er die Behauptung einfließen läßt, daß die Machtkämpfe in der Parlamentspraxis zeigen, daß diese oft den Verdacht nicht zerstreuen könnten, sie verfolgten weniger die gegebenen Rechtswerte als ihre Machtinteressen ³⁾. Dieser Meinung ist zunächst nicht jede Berechtigung abzusprechen, aber die vielleicht "politische" Wahl wird durch Zeitablauf an Bedeutung verlieren. Unsicherheiten sind aber, wie gezeigt, im Wesen des Menschen begründet. Eine Instanz, die Rechtsgewißheit für den Staatsbürger im Staat verbürgt, kann nicht errichtet werden. Da es eine verbürgte Rechtsgewißheit nicht geben kann, findet sich die Antwort im Verfassungsprozeßrecht, das heißt in der Ordnung, die nach der Übereinkunft der ordnungsgebenden Gewalten Rechtsgewißheit wahrscheinlicher macht.

Damit muß die Antwort der ersten Frage mit der Antwort auf die zweite Frage zusammenfallen; denn diese muß im Zusammenhang mit dem bisher gehandhabten Interpretationskonzept gefunden werden. Wenn Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2, Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a und Art. 100 Abs. 1 GG als Ausprägungen der in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG enthaltenen Normenkontrolle gelten, dann muß Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG i.V.m. § 90 Abs. 1 BVerfGG, als ausreichende Ausformung der Kontrolle richterlicher Gewalt in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG betrachtet werden. Eine weitere Kontrolle ist, wie die Instanzenzüge der öffentlich rechtlichen Verfahren zeigen, mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

1) Peter Schneider, a.a.O., S. 267.

2) Ule, Bonner Grundgesetz, S. 33.

3) Evers, Dürig-Evers, S. 76.

vereinbar ¹⁾, ein Weniger an Grundrechtswahrung vor Akten der richterlichen Gewalt würde Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG widersprechen, da die verfahrensrechtliche Absicherung der Grundrechtsgarantie die Kernaufgabe des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist. Damit ist die zweite Frage dahin zu beantworten ²⁾, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG solange im Hinblick auf richterliche Akte nicht praktisch wird, solange die Verfassungsbeschwerde die Möglichkeit richterlicher Grundrechtsmißachtung "ausschließt". Die Anführungszeichen umschließen das Wort ausschließen, da die Antwort zur ersten Frage deutlich machte, daß die im Menschen begründete Fehlbarkeit auch auf der Ebene des Bundesverfassungsgerichtes gilt.

Der Vergleich nun, in wie weit die Judikative über Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Satz 2 bzw. über § 90 Abs. 1 EVerfGG in Abs. 2 Satz 1 einbezogen ist, zeigt, daß ein Unterschied nur vom materiellen Recht her zu erkennen ist. Die Judikative ist im Normbereich beider Klauseln enthalten. Der Rechtsmaßstab, der dem Richter an die Hand gegeben ist, weist Unterschiede auf. Es wurde herausgearbeitet, daß die Verfassungsbeschwerde auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG bezogen ist. Auch hier ergab sich kein Anhaltspunkt zur Widerlegung der Ausgangsvermutung.

-
- 1) Lorenz (S. 241 ff.) entnimmt aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG den Auftrag an den Gesetzgeber, alle Verfahren mit einem Instanzenzug zu versehen, hält aber auch Ausnahmen, wie z.B. Entscheidungen der Oberlandesgerichte nach § 29 Abs. 1 Satz 1 EGGVG als erste und letzte Instanz für denkbar (S. 246 Anm. 28). a.A.: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 45.
 - 2) Für Einbeziehung: v.d. Heydte, VVDStRL Heft 8 (1950), S. 163; Lorenz, S. 242; andeutungsweise: Bettermann, AöR 96 (1971); S. 536 f.; Schramm, Bd. 2, § 42, B.

- b) Der Begriff der Rechte in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG
bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG

Im Rahmen der formal-logischen Untersuchung könnte es scheinen, daß der angekündigten Begriffsumschreibung keine große Aufmerksamkeit gewidmet werden müßte. Es kann kein Zweifel geben, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG jedwedes verletzbares subjektiv öffentliche Recht umfaßt ¹⁾, und daß § 90 Abs. 1 BVerfGG nur die Grundrechte und die diesen gleichgestellten Rechte schützt. Nun wird hier aber eine Konkurrenzfrage geprüft und die veranlaßt auf eine Möglichkeit hinzuweisen, die es erforderlich werden läßt, der Frage nachzugehen, ob Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ein Grundrecht im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG ist.

Gedacht ist dabei an die Situation, daß ein Gericht eine behauptete Verletzung eines subjektiv öffentlichen Rechtes nicht beurteilen kann, weil der Rechtsweg gesetzlich ausgeschlossen ist. Wäre die normative Rechtswegverschließung eine Grundrechtsverletzung, nämlich die Verletzung des Grundrechtes Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, so wäre statt des Weges zum Gericht, auch die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht denkbar. Damit kommt die Konkurrenzsituation der beiden Subsidiaritätsklauseln wieder in Sicht.

Daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ein Grundrecht ist, wird fast einhellig bejaht ²⁾. Die Abweichungen liegen mehr in der Formulierung als in der Wertung der Rechtsweggarantie. Überwiegend wird Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG als "verfassungsbeschwer-

-
- 1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 33; Hamann-Lenz, Art. 19 Anm. B 15.
2) Maunz, Sigloch, u.a., § 90 Anm. 63; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 2; Maunz, Staatsrecht, § 31 IV 4; Leibholz-Rupprecht, § 90 Anm. 65; Elias, S. 92; Lorenz, S. 150 Anm. 81 m.w.N.; BVerfGE 27, 297 (305). a.A. v. Mangoldt-Klein, Art. 19 IV, II 3c (S. 542); Lechner, § 90 Anm. 3; Geiger, S. 277.

defähigtes Grundrecht" ¹⁾ angesehen. Bedenklich ist aber, wenn unversehens von dem Begriff "subjektives formelles Grundrecht" ²⁾ übergeleitet ³⁾ wird zu einem "subjektiv-öffentlichen Recht", das "institutionelle" Züge habe. Arentz hat Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG als institutionelle Garantie gewertet und nicht als Grundrecht ⁴⁾. Er meint, daß ein Grundrecht mindestens die Qualität eines subjektiv öffentlichen Rechtes haben müßte. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dagegen setze notwendig ein solches voraus. Damit bliebe nur die Möglichkeit, in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die Gewährleistung einer bestimmten öffentlich-rechtlichen Institution zu sehen. Die Gerichtsbarkeit sei eine wesentliche Institution des Rechtsstaates. Aus diesem Strukturprinzip seien positiv-rechtliche Vorschriften abgeleitet worden, nun aber habe Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur noch deklaratorische Bedeutung, da dieses Formprinzip den Rechtsstaat insoweit mit institutionell geformt hat.

Diese Wertung kann nicht so ohne weiteres hingenommen werden. Schon der an Satz 1 gekettete Satz 2 spricht gegen eine nur deklaratorische Vorschrift. Aber auch der Ausgangspunkt ist bedenklich; denn Bachof hatte schon 1951 ⁵⁾ klargestellt, daß bei Art. 19 Abs. 4 GG a.F. entgegen der bei einer "Prozeßrechtsnorm bestehenden Vermutung g e g e n die Begründung neuer materieller Rechte" "hier eine solche f ü r " die Begründung solcher Rechte bestehe. Diese Vermutung wird dadurch bestätigt, "als Art. 19 Abs. 4 nicht mehr ein a u ß e r - h a l b s e i n e r s e l b s t begründetes subjektives Recht verlangt, sondern seinerseits überall dort, wo eine der Befriedigung von Individualinteressen dienende Rechtsnorm ein

1) Bettermann, AöR 96 (1971), S. 529; Spanner, S. 129; BVerfGE 27, 297 (305).

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 2.

3) Schramm, Bd. 2, § 42, A.

4) Arentz, S. 122 ff.

5) Bachof, Klage, S. 84/85.

bestimmtes Verhalten der öffentlichen Gewalt verlangt, dem Interessenten die bisher vielleicht fehlende Willensmacht zur Herbeiführung dieses Verhaltens verleiht und damit ein subjektives Recht einräumt". Diese Feststellung macht die Abkehr vom Enumerativsystem zur Generalklausel deutlich. Alle Generalklauseln der Verfahrensgesetze für öffentlich-rechtliche Streitsachen finden durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ihre innere Begründung. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erweist sich als das "formelle Hauptgrundrecht" ¹⁾.

Wer Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG als institutionelle Garantie versteht, stellt den individuellen Rechtsschutz in Frage. Der Qualität eines subjektiv öffentlichen Rechtes entspricht es, daß es individuell gerichtlich durchzusetzen ist. Fehlt einem subjektiv-öffentlichen Recht dieser Bestandteil, so bleibt nur ein normativer Funktionzusammenhang. Besonders deutlich wird dieser Umstand bei den Grundrechten. Änderte der verfassungsändernde Gesetzgeber die anschließenden oder vorausgesetzten Bestimmungen, so ändert er auch das betreffende Grundrecht selbst ²⁾. Ein solches Grundrechtsverständnis läuft der Grundrechtstheorie zuwider, die die Geltung der Grundrechte von der Qualität der Person ableitet. Die Personalität des Menschen, seine Würde verbietet, Art. 1 Abs. 1 GG anzutasten. Die in der Würde des Menschen begründeten Grundrechte sind daher keine staatlichen Einrichtungen, die zu gewähren oder zu verwehren im Belieben des Staates steht ³⁾. Die Rechtsweggarantie sollte daher nicht durch ohnehin bedenkliche ⁴⁾ Begriffe relativiert werden.

1) Klein, VVDStRL Heft 8 (1950), 123.

2) Dürig, in Maunz-Festgabe, S. 49.

3) a.a.O., S. 50; Peter Schneider, Pressefreiheit, S. 48, S. 56.

4) a.a.O., S. 56: Dort faßt P. Schneider seine Untersuchung über den Begriff der institutionellen Garantie in der Warnung zusammen, ihn fallen zu lassen, mindestens aber wegen der ihm anhaftenden Unklarheiten "mit einer gewissen Vorsicht zu verwenden"....

- c) Der Begriff der Rechtsverletzung in Art. 19 Abs. 4
Satz 1 GG bzw. § 90 Abs. 1 BVerfGG

Als Rechtsverletzung bezeichnet der Gesetzgeber entweder die Behauptung oder gerichtliche Feststellung, daß jemand "in seinen Rechten verletzt" ist. Diese Formulierung findet sich nicht nur in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, sondern auch in den §§ 42 Abs. 2; 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO; §§ 40 Abs. 2; 100 Abs. 1 Satz 1 FGO und § 24 Abs. 1 EGGVG ¹⁾. § 90 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG zieht zwar den Kreis der verletzbaren Rechte enger, verwendet aber im übrigen dieselbe Formulierung. Aus § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO; §§ 54 Abs. 2 und 131 Abs. 1 Satz 3; Abs. 3 SGG läßt sich entnehmen, daß der Begriff der Rechtsverletzung in engem Zusammenhang mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit steht. Der speziellen Anordnung in den genannten Vorschriften, daß der Kläger beschwert ist, d.h. verletzt ist, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, entspricht die allgemeine Auffassung ²⁾, daß eine Rechtsverletzung anzunehmen ist, wenn jemand darlegt, daß in seinem Fall eine Rechtsnorm, aus der sich sein subjektives Recht ableitet, nicht beachtet wurde. Genau so wie das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung ³⁾ die Identität des Begriffes der Rechtsverletzung z.B. in § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG mit der allgemeinen Lehre von der Rechtsverletzung beansprucht, ebensowenig kann der Begriff der Rechtsverletzung in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG sich diesem Prinzip entziehen. Der Begriff der Rechtsverletzung weist demnach keine Unterschiede auf. Ein anderer

1) vgl. auch § 20 FGG.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 29; Bettermann, AöR 96 (1971), 540; Lorenz, S. 134 m.w.N.

3) Lorenz, S. 472 f.

Problemkreis wird berührt, wenn es um die Frage geht, wann ¹⁾ eine Rechtsverletzung vorliegt, die hier nicht mehr beantwortet werden muß ²⁾.

Ergebnis der formal-logischen Auslegung

Die notwendig in die beiden Subsidiaritätsklauseln einbezogenen Vorschriften des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG machten nach einer Auslegung deutlich, daß sich der Begriff der öffentlichen Gewalt und der Begriff der Rechtsverletzung jeweils entsprechen. Lediglich der Fächer der geschützten Rechte unterscheidet sich. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG umfaßt alle subjektiv-öffentlichen Rechte, während § 90

-
- 1) Strittig ist hier besonders die Frage, wann ein Rechtssetzungsakt eine Rechtsverletzung bewirkt. Ausgangspunkt der Diskussion ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, die eine Verfassungsbeschwerde direkt gegen Normen immer dann zugelassen hat, wenn der Beschwerdeführer in seinen Rechten gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG durch die Norm selbst, gegenwärtig und unmittelbar verletzt ist (BVerfGE 1, 97 (103); 2, 292 (295); 3, 34 (36); 15, 126 (132); 30, 1 (16)). Insoweit ist dem die Lehre gefolgt (Lechner, S. 324; Maunz, Sigloch, u.a., § 90 Anm. 196; Leibholz-Rupprecht, § 90 Anm. 30). Dagegen hat sich Betermann gewendet. Er meint (AöR 86 (1961), 129 ff. (140, 147, 149, 167, 171), daß nur Fälle, die sich in analoger Anwendung des § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG einordnen lassen, für eine direkte Normenkontrolle in Frage kommen. Dieses Erfordernis sei aber praktisch nie gegeben, da weder bei Strafrechtsnormen noch bei abgabenrechtlichen Bestimmungen es das Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers verlange, nicht auch noch den Vollzugsakt auf Grund der Normen abwarten zu können. Diese so drastisch einschränkende Ansicht zur Normenkontrolle ist wegen der Unvereinbarkeit mit dem Postulat eines zumutbaren und effektiven Rechtsschutzes überwiegend auf Ablehnung gestoßen (abgelehnt: Bachof, AöR 86 (1961), 187, 189; Renck, DÖV 1964, 653; JuS 1966, 273; Obermayer, DVBl. 1965, 627; Büsser, Diss. 1967, S. 60 ff.; Schneider, R., ZfP 79 (1966) 1, (19/20); Maurer, S. 286; zweifelnd: Lorenz, S. 155 Anm. 20; vermittelnd: v. Engelhardt, S. 129 ff.; bejahend: OVG Münster 23 (1970), 159 (162)).
- 2) Die Frage nach dem Verhältnis der Rechtswidrigkeit im öffentlichen Recht (vgl. dazu H.H. Rupp, AöR 88 (1963), 486 ff.) und im Privatrecht (vgl. dazu: Lorenz, S. 451 ff.) braucht deshalb hier nicht gestellt werden.

BVerfGG nur die Grundrechte vor Zugriffen sichern will. Damit liegt der Schluß nahe, daß § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ein verdrängendes Spezialgesetz zu Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ist ¹⁾. Ein solcher Schluß kann sich als fraglich erweisen ²⁾.

Es zeigte sich, daß die Verfassungsbeschwerde als Ausformung der Rechtsweggarantie zu sehen ist. Damit kann sie aber nicht die Rechtswegklausel des Satzes 2 verdrängen, sondern sie "begründet" im Sinne von Satz 2 einen Rechtsweg. Wäre der Satz *lex specialis derogat legi generali* ³⁾ anwendbar, so wäre Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG in der Tat ein Rechtsweg, den es vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde wegen § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu erschöpfen gelte. Die Anordnung des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG verdrängt aber nicht die des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG, da die Verfassungsbeschwerde an sich nichts Abweichendes von der generellen Rechtsweggarantie anordnet. Dies wäre aber zur Anwendung des Gedankens der *lex specialis* notwendige Voraussetzung ⁴⁾. Die weitere Auslegung muß die Frage klären, ob die Verfassungsbeschwerde nicht nur formal-logisch, sondern auch im Hinblick auf die anderen Auslegungskriterien an Stelle der Rechtswegklausel tritt.

3. Historische Auslegung

Das Konkurrenzproblem soll nun weiter durch die historische Auslegung erhellt werden, bevor die *ratio legis* geklärt wird. Die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers und der daran Beteiligten enthüllen oft wichtige Tatsachen und Hinweise,

1) Büsser, S. 23/24.

2) Larenz, S. 208.

3) Klug, S. 100 m.w.N.

4) Larenz, S. 208.

wie die Rechtssätze auszulegen sind. Sie sind jedoch nicht endgültig, da mit der Zeit jeder Rechtssatz in seiner Bedeutung sich wandelt und immer nur so gilt, wie er im Augenblick als objektivierter Geist wirkt ¹⁾.

a) Die Entstehung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG

verdanken wir dem Allg. Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates ²⁾. Das Mitglied des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, von Brentano, beantragte in der 44. Sitzung des Hauptausschusses am 19.1.1949, den Satz 2 dem Satz 1 in Art. 19 Abs. 4 GG anzugliedern.

In seiner Begründung führte von Brentano aus, daß es verschiedene Rechtswege im Sinne des Absatz 4 gäbe; nämlich: den verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg, den ordentlichen Rechtsweg und den Verfassungsgerichtsweg. Ergänzend betonte er ausdrücklich:

"Das soll hier ausgesprochen werden, damit keine Kompetenzstreitigkeiten entstehen und nicht etwa derjenige, der als Richter angerufen wird, seine eigene Unzuständigkeit zu behaupten vermag, so daß in jedem Fall, in dem nicht durch ein besonderes Gesetz ein anderer Rechtsweg - an das Verwaltungsgericht oder das Verfassungsgericht - gegeben ist, der ordentliche Richter verpflichtet ist, sich der Sache anzunehmen. Das ist nur eine Verstärkung der Garantie, daß der Rechtsweg unter allen Umständen offen steht und daß der Betroffene nicht erst suchen muß, welcher Rechtsweg das ist." ³⁾

-
- 1) Klug, S. 139; Larenz, S. 310; einschränkend, Peter Schneider, Recht und Macht, S. 93.
 - 2) JöR 1 (1951), 184 mit Hinweisen auf die entsprechenden stenographischen Protokolle.
 - 3) JöR 1 (1951), 185; vgl. auch VVDStRL Heft 8 (1950), 80.

b) Die Entstehung des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG entstammt einer Verschmelzung der Bundestagsdrucksache 1. Wahlperiode Nr. 788 und der Bundestagsdrucksache 1. Wahlperiode Nr. 328. In der 53. Sitzung des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht der ersten Wahlperiode schlägt der Abgeordnete Wahl folgende Formulierung des jetzigen § 90 BVerfGG vor:

"Nach Erschöpfung des Rechtsweges (Art. 19 IV GG) kann jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben. Dadurch wird seine Befugnis, eine solche Beschwerde an das Landesverfassungsgericht nach dem Recht des Landes zu erheben, nicht berührt."

Da Bedenken bestehen wegen einer genauen Bestimmung der Grundrechte und eventueller Unbilligkeiten im Hinblick auf die Rechtswegerschöpfung wird vom zuständigen Unterausschuß folgende Fassung vorgelegt:

- "1. Nach Erschöpfung des Rechtsweges (Art. 19 IV GG) kann jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem Grundrecht oder in einem der Art. 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben.
2. Über eine vor Erschöpfung des Rechtsweges eingelegte Verfassungsbeschwerde kann das Bundesverfassungsgericht sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer unabwendbarer Nachteil entstünde, wenn er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.
3. Das Recht, eine Verfassungsbeschwerde an ein Landesverfassungsgericht nach dem Recht der Landesverfassung zu erheben, bleibt unberührt."

Erst in der 82. Sitzung ¹⁾ trägt Römer zu unserem Problem vor, daß es sich bei § 90 Abs. 1 BVerfGG der obigen Fassung

1) Dazu stenografische Protokolle, S. 32, 33 vom 5.1.1951.

um das Verhältnis zu Art. 19 Abs. 4 GG (a.F.) handele. Er meint, gegen ein verfassungswidriges Gesetz könne es nicht den ordentlichen Rechtsweg geben; es sei nur die Verfassungsbeschwerde nach dem vorliegenden Gesetz möglich. Er verliert daraufhin die heute geltende Fassung des § 90 BVerfGG, die nach einer Diskussion über die Frage, ob schon ein Gesetz selbst oder erst der Gesetzanwendungsakt eine Beschwerde enthalte, angenommen wird ¹⁾.

Aus den Protokollen ergibt sich nicht, daß bei der Frage der Rechtswegerschöpfung die Vorbilder der Verfassungsbeschwerden aus den Bundesländern oder der Staaten Österreich und der Schweiz zu Rate gezogen wurden. Überlegungen in der Literatur ²⁾ beziehen sich auf die spezifischen Gebiete der einzelnen Verfassungsbeschwerden und können so schwerlich zu der hier vorgegebenen Problematik herangezogen werden.

Ergebnis der historischen Auslegung

Es ist also keineswegs so, daß bei der Schaffung der beiden Subsidiaritätsklauseln das Konkurrenzproblem nicht durchdacht wurde ³⁾, sondern das Problem wurde vom historischen Gesetzgeber fügenlos gelöst. Er hatte für grundrechtswidrige Gesetze die Verfassungsbeschwerde direkt vorgesehen. Nur solche Fälle sind wegen der drei erlassenen öffentlich-rechtlichen Verfahrensgesetze diskutierbar. Bei der Schaffung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG war entgegen der Feststellung des Bundesver-

1) Durch die Einfügung des Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG, der § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG entspricht, hat sich nichts geändert, da nur die Verfassungsbeschwerde verfassungsrechtlich gesichert werden sollte (Maunz-Dürig-Herzog, Art. 94 Anm. 34).

2) Pohle, Rosenberg-Festschrift, S. 148 ff.; Hans Huber, S. 11; Kern, Gerichtsverfassungsrecht, S. 295; Späth, S. 43, S. 47.

3) Lerche, Rechtsweg, S. 93; Klein, VVDStRL Heft 8 (1950), 93 Anm. 57, 94.

fassungsgerichtes (BVerfGE 1, 333 (344) durchaus an die Verfassungsgerichtsbarkeit gedacht worden.

Zur Ergänzung sei erwähnt, daß es eine Stimme gibt, die meint, daß auf der Zivil- und Staatsrechtslehrertagung vom 26. - 27. April 1951 festgestellt wurde, daß Rechtsweg Verwaltungsrechtsweg oder Zivilrechtsweg, nicht aber Verfassungsrechtsweg hieße ¹⁾.

Hier liegt sicherlich ein Versehen vor, wenn gemeint wird, daß die Zivilprozeß- und Staatsrechtslehrertagung vom 26. - 27. April 1951 die Ansicht vertreten habe, daß unter dem Wort Rechtsweg nicht Verfassungsrechtsweg gemeint sei. Die Protokolle ²⁾ ergeben nämlich, daß die Diskussion der Tagung als Ergebnis festhielt, daß Rechtsweg nun auch Verwaltungsrechtsweg bedeute und nicht nur ordentlicher Rechtsweg. Über den Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht wurde nicht gesprochen.

4. Zweck und Sachzusammenhang der Normen

Nachdem sich zeigte, daß der historische Gesetzgeber die Problematik des Verhältnisses von Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zu § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG im Auge hatte, muß nun geprüft werden, ob die historische Entwicklung das Verständnis des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG geändert hat und nunmehr an die Verfassungsgerichtsbarkeit zu denken ist oder nicht ³⁾. "Ein Gesetz sinnvoll auffassen heißt, es so zu verstehen, wie es im Hinblick auf seinen Zweck und die in ihm angestrebten Lösun-

1) Menger, S. 57.

2) Baur, JZ 1951, 605; Blomeyer, MDR 1951, 341; Walz, DVBl. 1951, 436.

3) LVGH NRW OVGE 8, 194.

gen verstanden werden muß" ¹⁾. Hier liegt der Schwerpunkt der Auslegung ²⁾.

a) Der Zweck des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG

enthüllt sich schon durch den Hinweis im Wortlaut "soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist". Der Bezug auf Satz 1 ist eindeutig. Aus welchem Anlaß Zuständigkeiten begründet werden, ist nur aus Satz 1 zu entnehmen. Den Anlaß erweitert Satz 2 nicht. Satz 2 bietet lediglich einen Rechtsweg an und zwar im Gegensatz zu Satz 1 einen ganz bestimmten, nämlich den ordentlichen Rechtsweg ³⁾. Satz 2 setzt den Geltungsbereich des Satzes 1 voraus ⁴⁾. Satz 1 bestimmt die Richtung. Satz 2 bietet die Gewähr, daß, was auch immer in diese Richtung geschleust wird, aufgefangen wird, wenn die Gefäße des Satzes 1 nicht ausreichen. Der Zweck des Satzes 2 steht somit in engster Verspannung mit Satz 1, um einen verfahrensrechtlich lückenlosen und umfassenden Individualrechtsschutz zu garantieren ⁵⁾.

b) Der Zweck des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

leitet sich aus § 90 Abs. 1 BVerfGG her und besteht darin, die ordnungsgemäße Vorprüfung der Beschwerdepunkte durch die zuständigen Gerichte zu gewährleisten. Die Lösung dieses Problems erfolgt unter anderem in Absatz 2 Satz 1 dadurch, daß vorher der Rechtsweg zu erschöpfen ist. Auf diese Weise soll

1) Larenz, S. 312.

2) Klug, S. 139.

3) Das bedeutet, daß der Gesetzgeber als Rechtsweg die Strafgerichte, die Zivilgerichte und die freiwillige Gerichtsbarkeit gemeint hat. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 62 (dort Anm. 1); Habscheid, S. 160.

4) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 59; BVerfGE 8, 274, (326).

5) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 9; BVerfGE 10, 264, (267).

das Bundesverfassungsgericht entlastet und falls der Beschwer durch eine andere Gerichtsbarkeit nicht abgeholfen werden kann, hat diese zumindest den Streitstoff geordnet. Daneben aber, als ebenso wichtig anzusehen, soll das Bundesverfassungsgericht die Rechtsauffassung der Gerichte kennenlernen, damit es dann abschließend zur Einheitlichkeit des Grundrechtsverständnisses entscheiden kann ¹⁾.

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG steht nicht so isoliert wie Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG. Um nun den Zweck des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG voll zu erfassen, soll auch § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG und die Rechtsprechung dazu skizziert werden. Das Muß der Rechtswegerschöpfung ist unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ²⁾ neben den Bestimmungen des Satzes 2 des Abs. 2 eingeschränkt worden, wenn der oben definierte Zweck schon erfüllt ist. So wird dem Beschwerdeführer nicht zugemutet, daß er mit schwierigen Fragen des organisatorischen Verfassungsrechtes belastet wird ³⁾, noch daß er den Rechtsweg einhält, wenn er sich im Hinblick auf eine gefestigte, jüngere und einheitliche, höchstrichterliche Rechtsprechung auch in seinem Fall kein von dieser Rechtsprechung abweichendes Ergebnis erhoffen kann ⁴⁾. Gegen die letzte Auffassung wandte sich Röhl ⁵⁾, da er meinte, daß dieselbe Aufgeschlossenheit, die sich der Beschwerdeführer vom Bundesverfassungsgericht erwarte, auch von anderen Gerichten erwarten solle. Außerdem

-
- 1) Maunz, Sigloch, u.a., § 90 Anm. 188; Zweigert, JZ 1952, 321 ff.; Scherer, S. 128; Bettermann, AöR 86 (1961), 147 ff.; BVerfGE 4, 193 (198); BVerfGE 22, 287 (291); H. Rupp, ZZP 82 (1969), 11.
 - 2) Maunz, Sigloch, u.a., § 90 Anm. 194; BayVGh, VerwRspr. 9, 792-793.
 - 3) Maunz, Sigloch, u.a., § 90 Anm. 189; BVerfGE 4, 193 (198); BVerfGE 24, 75 (89); BVerfGE 27, 71 (97).
 - 4) BVerfGE 9, 3 (7/8); 18, 1 (16); BayVGh, VerwRspr. 9, 792-793.
 - 5) Röhl, MDR 1954, 387.

seien alle Möglichkeiten, die eine Rechtswegerschöpfung nicht erforderlich machen, in § 90 II 2 BVGG erschöpfend dargestellt. In dieser Bestimmung fehle aber das Merkmal der Zumutbarkeit ¹⁾.

Legt man den dargelegten Zweck des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zugrunde, so kann Röhl mit seinen Einsichten nur dann gehört werden, wenn sich seine Argumente in diesem Rahmen bewegen. Eine Entlastung ist nicht zu erwarten, da die anderen Gerichte wahrscheinlich wieder so entscheiden werden. Tun sie es nicht, so ist die in der Definition geforderte Wahrscheinlichkeit grundsätzlich nicht erfüllt. Demnach kann eine Überlegung in dieser Richtung kein Gewicht haben. Die Rechtsansichten der anderen Gerichte sind, so gesehen, dem Bundesverfassungsgericht ebenfalls bekannt. Röhl's Forderung stellt sich damit als ein überflüssiger Formalismus heraus, da die Gerichte trotz der zu erwartenden Aufgeschlossenheit wieder so entscheiden würden. Sie glauben, insoweit aufgeschlossen zu sein. Lediglich ein anderes Gericht, hier das Bundesverfassungsgericht, kann durch ein anderes Vorgehen eine andere Warte und möglicherweise auch ein anderes Ergebnis finden und dem Beschwerdeführer effektiv helfen.

Demnach ist festzuhalten, daß der Zweck des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG darin besteht, das Bundesverfassungsgericht zu entlasten und die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß es bei vorhandenen Streitigkeiten bezüglich der Grundrechte oder "diesen in § 90 Abs. 1 BVerfGG gleichgestellten Rechten abschließend entscheidet. Dieser Zweck ist schon erfüllt, wenn sich eine Rechtswegerschöpfung erübrigt oder nicht möglich ist. Der Gedanke, der hier bei dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit neben § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG auftaucht, ist, daß

1) So auch Bettermann, AöR 86 (1961), 151.

es letztlich ausschlaggebend ist, dem Beschwerdeführer wirkungsvoll zu helfen. Unter diesem Zweck steht aber auch § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG, da die Rechtswegerschöpfung die Effektivität des Rechtsschutzes dadurch steigert, daß viele Gerichte den Fall prüfen und so auch Sach- und Rechtsfragen eingehender erörtert werden.

Ergebnis zur Prüfung des Zweck- und Sachzusammenhanges der Normen

Der gemeinsame Zweck der beiden Vorschriften ist die Gewährleistung von Rechtsschutz, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Bereich der Gerichtsverfassung.

Soweit entsprechen sich die Zwecke. Die Zwecke der Subsidiaritätsklauseln fordern aber, um den Zweck des jeweiligen Rechtsschutzes durchzusetzen, den Vorrang in ihrem Sinne.

Es stellt sich somit die Frage, ob der weitere Zweck des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG, das Bundesverfassungsgericht zu entlasten, den Ausschlag geben kann.

Dieses Argument ist verwendbar, wenn wirklich so viele Fälle anzunehmen sind, daß eine Hemmung der verfassungsgerichtlichen Rechtspflege zu erwarten ist. Die Frage der Entlastung ist also nur statistisch zu klären. Soweit bekannt ist, hat das Bundesverfassungsgericht nie den Fall des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG in der Hauptsache entschieden. Es ist demnach der Schluß gerechtfertigt, daß das Moment der Entlastung zur Entscheidung nicht beitragen kann. Dieses Ergebnis erhärtet sich, wenn bedacht wird, daß das Bundesverfassungsgericht alle Normen direkt prüft ¹⁾ und nie insoweit über Überlastung

1) Ständige Rechtsprechung, zuletzt: BVerfGE 30, 1 (16).

klagte. Ein Fall der Normenprüfung wirft aber, wie gezeigt, erst die Konkurrenzfrage auf.

Nur eine scheinbare Divergenz taucht da auf, wo § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG nicht zum Zuge kommt. Es könnte scheinen, daß schon innerhalb des § 90 BVerfGG Gesichtspunkte vorhanden sind, die Anlaß geben, an der Durchschlagskraft des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu zweifeln, weil Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG nicht den Fall der Außerachtlassung kennt, solange er besteht. Dieser Schein trägt, da der Gesamtregelung, in der die Bestimmung des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ruht, der Zweck der Effektivität des Rechtsschutzes zu entnehmen ist. Der Umstand, daß es die Möglichkeit einer Nichtanwendung gibt, steht dem Gesamtzweck nicht hinderlich entgegen.

Abschließend ist demnach festzustellen, daß sich die Zwecke innerhalb eines Rechtsgebietes entsprechen, da das angestrebte Ziel in beiden Bestimmungen die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes ist.

5. Auslegung nach objektiven, teleologischen Kriterien

Entsprechen sich die Zwecke, läßt jedoch die getroffene Regelung keine Abstimmung hinsichtlich der sinnvollen Verwirklichung erkennen, so muß im folgenden ein Prinzip gesucht werden, das die Erfüllung des jeweiligen Zweckes gewährleistet. Dieses übergeordnete Prinzip soll es ermöglichen, daß das schon Gedachte zu Ende gedacht werden kann, damit wechselseitig Prinzip und Text eingepaßt werden können ¹⁾. So könnte dann abschließend die Frage beantwortet werden, welche Subsidi-

1) Esser, KAP XII 4, 6.

diaritätsklausel den Vorrang hat. Lerche ¹⁾ meint, daß es einen Gipfel an unsachgemäßer Normierung und Komplizierung darstelle, wenn Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ein Rechtsweg im Sinne von § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG sei. Griffe nämlich Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ein, so läuft der Rechtsweg umständlicherweise erst über das ordentliche Gericht. Dieses hat mit dieser Art von Streitigkeiten, die im Rahmen der Verfassungsbeschwerde zulässig sind, nicht das vertraute Verhältnis wie es das Bundesverfassungsgericht oder ein Verwaltungsgericht hat.

Der Anlaß, das "innere System" herauszubilden ²⁾ und nach objektiv teleologischen Kriterien zu suchen, ist damit aufgezeigt.

a) Das Prinzip der Subsidiarität

Der Landesverfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz ³⁾ hat das Subsidiaritätsprinzip im Bereich der Gerichtsverfassung angewandt. Augenscheinlich ist der Gerichtshof der Begriffsbezeichnung erlegen. Es ist darüber hinaus auch möglich, daß das äußerlich ähnliche Erscheinungsbild des Instanzenaufbaues der Gerichte zu einer Verwendung des Prinzipes verleitet hat. Da der Bereich der Gerichtsverfassung ausschließlich ein Bereich der Organisation staatlicher Gewalt darstellt, kann das Subsidiaritätsprinzip hier nicht eingreifen ⁴⁾. Wesentlich ist diesem Prinzip nämlich, daß dem Bürger, der nicht mehr sinnvoll und selbständig - gemessen am Ganzen - handeln kann, von der nächst größeren Einheit Hilfe erhoffen kann ⁴⁾. Im

1) Lerche, Rechtsweg, S. 93; im Ergebnis ebenso Hermann, ZZP 78 (1965), 377; Schneider, R., ZZP 79 (1966), 18.

2) Larenz, S. 315.

3) LVGH Rheinland-Pfalz, DVBl. 1958, 359 ff..

4) Bernzen, S. 92/93; Schütz, S. 218; Schäfer, DVBl. 1958, 363 m.w.N.

Gerichtsverfahren wird lediglich das Handeln der Beteiligten beurteilt aber nicht organisiert. Würden die mittelbaren Auswirkungen in das Subsidiaritätsprinzip miteinbezogen, so würde es überdehnt werden. Ob überhaupt das Subsidiaritätsprinzip, welches ein Ordnungsfaktor der katholischen Soziallehre ist, in das Grundgesetz Eingang ¹⁾ gefunden hat, ist bestritten ²⁾. Als hier gesuchte Auslegungsregel scheidet es jedenfalls aus, da ein Beziehungspunkt, das Konkurrenzverhältnis der beiden Subsidiaritätsklauseln zu ordnen, nicht erkennbar ist.

b) Das Prinzip der Würde

Friesenhahn ³⁾ meint dem Streit mit dem Argument der Würde begegnen zu können. Es sei mit der Würde des Bundesverfassungsgerichtes nicht vereinbar, vom einzelnen Bürger angerufen zu werden. Wenn es aber schon so sein sollte, dann müsse mindestens die übrige Gerichtsbarkeit in ihrem Zuständigkeitsbereich tätig geworden sein. Verwandtes wird artikuliert ⁴⁾, wenn es heißt, daß es mit der Würde des Bundesverfassungsgerichtes unvereinbar sei, es in die allgemeine Gerichtsbarkeit einzuspannen. Hier kann schwerlich gefolgt werden, denn die Anklänge an den alten Obrigkeitsstaat sind unüberhörbar. Eher muß sich die Justiz dem Publikum so zeigen, daß der Bürger Vertrauen ihr gegenüber aufbringen kann ⁵⁾. Wird die Justiz, auch das Bundesverfassungsgericht, überhöht dargeboten, dann erweckt schon der äußere Anschein den Ver-

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Anm. 54.

2) Zuck, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, bestreitet dies im Gegensatz zu Maunz-Dürig-Herzog, die es in der Wirtschaftsverfassung (Art. 2 I Anm. 52 (dd); Art. 19 III Anm. 47, 48) im Verhältnis der Gemeinden und Gemeindeverbänden zum Staat (Art. 19 III Anm. 38 (a); Art. 19 III Anm. 37) und im Verhältnis der Bundesländer zum Bundesstaat (Art. 28 Anm. 1) verankert sehen.

3) Friesenhahn, DV 1948, 481-483.

4) Scherer, S. 123.

5) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 170.

dacht, daß die dritte Gewalt nicht der Machtbegrenzung und damit dem Bürger dient, sondern der Macht des Staates willig ihren Arm reicht. Damit soll dem Bundesverfassungsgericht nicht die herausragende Stellung in der Verfassung abgesprochen werden. Indes taugt das Prinzip der Würde, die nur dem Menschen eignet, hier nicht als Auslegungsregel.

c) Das Prinzip der Normstufen

Durch die Einfügung des Art. 94 Abs. 2 Satz 2 GG in das Grundgesetz ist der Ansatz, daß der Rechtswegklausel des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG als Verfassungsnorm der Vorrang vor der bundesgesetzlichen Bestimmung des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG gebühre ¹⁾, entfallen. Auch das Subsidiaritätsprinzip der Verfassungsbeschwerde ²⁾ hat nunmehr Verfassungsrang. Der im Grundgesetz enthaltene Grundsatz, daß die Verfassung durchgehend Vorrang hat ³⁾ kommt nicht zum Tragen.

d) Das Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes

aa) Lorenz ⁴⁾ wirft den Vertretern der h. M. ⁵⁾ vor, sie handhaben den Grundsatz der Effektivität im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsschutzes als unreflektiertes Schlagwort. Es könne nämlich dahingestellt bleiben, ob das Prinzip der Effektivität auf den Rechtsschutz an sich oder auf die "Effektuierung des materiellen Rechts d u r c h Rechts-

1) So vorher Wernicke, in Bonner Kommentar, Art. 19 II 4 f, h; Holtkotten, in Bonner Kommentar, Art. 93 (Seite 46); Scherer, S. 123; Büsser, S. 23/24; Brinkmann, Art. 19 IV (S. 37).

2) BVerfGE 22, 287 (291). Diese Formulierung gebraucht das Bundesverfassungsgericht im Sinne der "Subsidiarität der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde" (a.a.O., S. 290).

3) Achterberg, DÖV 1973, 290; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 Anm. 124.

4) Lorenz, S. 150 f.

5) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 12; Maurer, S. 277; Evers, Dürig-Evers, S. 60 ff.; v. Engelhardt, S. 122 ff.; Lorenz, S. 16 Anm. 13 m.w.N.

schutz" ¹⁾ bezogen wird. In jedem Falle sei es eine ganz allgemeine Forderung, daß eine Norm wirksam zu sein hat. Daher sei es überflüssig, die Wirksamkeit einer Rechtsschutzklausel durch die Betonung ihrer Effektivität zu unterstreichen.

Zunächst wäre Lorenz einzuräumen, daß es in der Tat unkritisch wäre, das Prinzip der Effektivität so zu verstehen, daß evtl. dem Faktischen, der Wirklichkeit, Allgemeinverbindlichkeit zugesprochen wird. Solche Grundsätze mögen im Völkerrecht bei der "Anerkennung" eines Staates als Völkerrechtssubjekt eine Rolle spielen ²⁾. Erwähnt sei auch die erfolgreiche Revolution, die die vorrevolutionäre Rechtsordnung beseitigt ³⁾. Dahin ist die Betonung der Effektivität des Rechtsschutzes nicht zu verstehen. Vielmehr wird hier an den Gedanken der Aktualität der Grundrechte ⁴⁾ angeknüpft. Da die Rechtsschutzgarantie ein Grundrecht beinhaltet, gilt auch hier der Satz Herbert Krügers ⁵⁾: "Früher Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze; heute Gesetze nur im Rahmen der Grundrechte." Die Betonung der Effektivität des Rechtsschutzes zeigt den Bedeutungswandel vom Programmsatz, der ebenfalls als Norm Geltung beansprucht, zum aktuellen Recht an. Dem Faktischen, darunter gehört in gewissem Sinne auch die rechtswidrige Norm, soll nicht Rechnung getragen werden, sondern das Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes bedeutet den Vollzug der Normordnung. Daß hier eine Fülle von Problemen liegt, wird schon dadurch deutlich, daß grundsätzlich der Rechtsschutz nur innerhalb der geltenden Verfahrensordnung gewährt wird ⁶⁾. Für den Interpreten taucht daher ständig die

1) Lorenz, S. 151.

2) Berber, S. 225.

3) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 79 Anm. 28.

4) a.a.O., Art. 1 Anm. 91 ff.

5) Herbert Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, 1950, S. 12.

6) vgl. oben § 2.

Frage auf, was dem Gesichtspunkt der zweckmäßigen Verfahrensordnung und was der eigentlichen Verfassungsanordnung zuzuordnen ist. Das bedeutet, der Widerstreit zwischen noch möglicher Einengung und Verweigerung des Gerichtsschutzes ist nur mit dem Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes auflösbar. Es ist die Aufgabe eines jeden Interpreten, in jedem Einzelfalle das Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes zu entfalten.

bb) Es erweist sich daher als notwendig, den Kern des Konkurrenzproblems herauszuschälen, um die Struktur des Sachbereiches beachten zu können ¹⁾. Aus diesem Grunde wird zunächst nachfolgend eine Sichtung der bisherigen Ergebnisse vorgenommen, um einen geeigneten Ansatzpunkt zu finden.

Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG wird fraglich, wenn ein Rechtssetzungsakt den Gerichtsweg verschließt und in diesem Rechtsgebiet eine Rechtsverletzung gerügt wurde. Weiterhin stellte sich heraus, daß das Konkurrenzproblem im vollen Umfange nur dann auftaucht, wenn man davon ausgeht, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ein Grundrecht im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG ist ²⁾. Diese beiden Voraussetzungen sind es, die die Problematik der Konkurrenz zwischen Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG und dem § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG bilden. Für diese Konstellation muß eine umfassende Antwort gesucht werden. So gilt es nun, beim jeweiligen Gericht diesen Fall durchzuspielen.

aaa) Einmal kann prinzipialiter die Grundrechtswidrigkeit einer rechtswegversperrenden Norm geprüft werden. Das ist zwar möglich; für den Rechtsschutz suchenden Bürger aber nur, wenn er ein Rechtsschutzinteresse daran hat. Das ist nicht der Fall, wenn er nur im gesamten Sachverhalt seiner Beschwerde auf die rechtswegversperrende Norm hinweist; denn

1) Larenz, S. 149.

2) siehe oben (§ 3, II) 2, b.

eine Popularklage ist im Grundgesetz nicht vorgesehen ¹⁾. Damit scheidet dieser Fall aus.

bbb) Die andere denkbare Möglichkeit ist, daß das ordentliche Gericht inzidenter die Frage der Rechtswidrigkeit des rechtswegversperrenden Rechtsetzungsaktes prüfen muß. Käme es zu dem Ergebnis, daß die rechtswegversperrende Norm rechtswidrig ist, so kann es bei nachkonstitutionellem Recht die Ungültigkeit der Norm grundsätzlich nicht feststellen.

Diese Auffassung ist schwer zu erschüttern. Zur Weimarer Zeit gab es die Meinung in Literatur und Spruchpraxis des Reichsgerichtes in E 111, 320 ff., daß die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes dem jeweilig entscheidenden Richter für den besonderen Fall zustand. Diese allgemeine Auffassung ist nun in Art. 100 GG verfassungsmäßig modifiziert und fixiert worden und gilt auch für die ordentlichen Gerichte, die gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zuständig werden sollten. Die Entscheidung, ob eine Norm der Verfassung entspricht, ist grundsätzlich dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten; grundsätzlich kann kein Gericht eine vermeintlich nichtige Norm als ipse jure nichtig behandeln. Der Richter ist wegen Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG an das förmliche nachkonstitutionelle Gesetz gebunden. Aus dieser Bindung kann ihn nur das Bundesverfassungsgericht entlassen ²⁾.

Die einschlägige Vorschrift ist somit zunächst Art. 100 Abs. 1 GG, die das ordentliche Gericht beachten müßte. Eine Vorlagepflicht besteht dann, wenn das entscheidende Gericht meint, daß die Entscheidung über die betreffende Norm maßgeblich zur Streitentscheidung anläßlich eines konkreten Verfahrens

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 38; Bettermann, AöR 96 (1971), 542.

2) Böckenförde, S. 61, 62; Haak, S. 170.

ist ¹⁾. Die Entscheidungserheblichkeit soll einmal unterstellt werden. Das Bundesverfassungsgericht besitzt im Bereich des Art. 100 Abs. 1 GG ein negatives Entscheidungsmonopol. Der Richter verliert seine Entscheidungsbefugnis, wenn er überzeugt ist, daß die entscheidungserhebliche Norm verfassungswidrig ist zu gunsten des Bundesverfassungsgerichtes ²⁾.

Damit wäre das ordentliche Gericht grundsätzlich veranlaßt, die Entscheidung über die Gültigkeit des Gesetzes im hier gebildeten Fall vom Bundesverfassungsgericht einzuholen. Aus diesem Grund allein ergeben sich Bedenken. Im ganzen Bereich des Gerichtsverfassungsrechtes beansprucht der Grundsatz der Prozeßökonomie Gültigkeit. Der Vorlagebeschluß des ordentlichen Gerichtes ist lediglich eine vorgeschaltete Schleuse zum Bundesverfassungsgericht. Hätte das Bundesverfassungsgericht gleich die rechtswegversperrende Norm nach Einreichung einer Verfassungsbeschwerde als rechtswidrig festgestellt, so würde dann erstmals das zuständige Gericht befaßt sein. Das Bemühen eines dritten Gerichtes wäre ausgeschlossen. Zu dem gleichen Ergebnis würde es sonst nur zufällig kommen, nämlich dann, wenn das ordentliche Gericht gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG mit dem dann tatsächlich zuständigen Gericht identisch wäre. Der Rechtsweg des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG erweist sich hier als prozeßunökonomisch.

Mit dieser Bemerkung kommt wieder das Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes in Sicht. Umständlichkeiten oder schwer übersichtliches Verfahrensrecht können schließlich

1) BVerfGE 2, 266 (271); 2, 341 (345); OVG Bremen, DVBl. 1960, 810; Hamann-Lenz, Art. 100 Anm. B, 3; Holtkotten in Bonner Kommentar, Art. 100, Anm. 151 f.; Schmidt-Bleibtreu, Klein, Art. 100 Anm. 1.
2) Stern, AöR 91 (1966), 227, 228; BVerfGE 6, 222 (232).

auch eine Verweigerung des Gerichtsschutzes darstellen. Das Gebot der Effektivität kann in den verschiedensten Ausformungen erscheinen. Eine Form kann auch der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit sein. Im Bereich der Verfassungsbeschwerde ist er schon, wie erwähnt ¹⁾, konkretisiert worden. Redelberger ²⁾ möchte ihn auch zur Lösung des Konkurrenzproblems heranziehen. Er führt aus, es sei für den Beschwerten unzumutbar, selbst den Rechtsweg des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zu entdecken. Dies könne allenfalls ein Anwalt, der aber im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht obligatorisch sei. Daher sei zu fordern, daß nur solche Rechtswege zu erschöpfen sind, die in Verfahrensgesetzen enthalten oder sonst offenkundig sind. Zu diesen Bestimmungen gehöre aber Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG nicht. Dagegen ist zunächst einzuwenden, daß sich bei einer Verfassungsbestimmung schwer nachweisen läßt, daß sie nicht für jedermann offenkundig sei. Im übrigen muß der Beschwerte, der ohne Anwalt das Bundesverfassungsgericht anruft, damit rechnen, daß er mehr übersehen kann, als es ein vorgebildeter Berater täte. Kostenbedenken können durch das Armenverfahren, das auch vor dem Bundesverfassungsgericht gilt ³⁾, ausgeräumt werden. Das Gebot der Zumutbarkeit läßt sich zur Lösung des Konkurrenzproblems nicht verwenden, da im einzelnen das Gesetz zweckmäßige Regelungen geschaffen hat, die geeignet sind, Nachteile für den Beschwerten fernzuhalten.

Das grundsätzliche Problem stellt sich indes bei der Frage, ob das ordentliche Gericht geeignet ist, eine effektiv rechtsschutzgewährende Normenkontrolle durchzuführen.

Bettermann ⁴⁾ hat sich zu dem Problem geäußert, und zwar speziell im Hinblick auf die BVerfGE 1, 333 (344). Er hält die

1) siehe oben (§ 3, II), 4 b.

2) Redelberger, NJW 1953, 364.

3) BVerfGE 2, 79 ff.; Maunz, Sigloch, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Vorbemerkung vor § 17 Anm. 1; § 34 Anm. 7.

4) AöR 86 (1961), 186.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes aufrecht und mißt ihr Bedeutung zu für den Bereich, in dem ein Verwaltungsakt ein Grundrecht verletzt und kein anderer Rechtsweg gegeben ist. Diese Konstellation gibt es aber nicht mehr, da Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG nur dann eingreift, wenn ein Rechtsweg gesetzlich ausgeschlossen wird. Da aber Bettermann direkt ¹⁾ rechtsverletzende Normen im Sinne von § 90 BVerfGG durch eine unmittelbare Verfassungsbeschwerde prüfen will, wenn kein anderer Rechtsweg vorhanden ist, so ergibt sich auch hier die Frage, ob Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ein solcher Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ist. Die Tauglichkeit des ordentlichen Rechtsweges im Sinne des Effektivitätsprinzips bestreitet Bettermann ²⁾ auch gerade im Hinblick auf den aufgezeigten Fall. Das Bundesverfassungsgericht hat, ohne auf die Entscheidung in E 2, 243 oder gar auf die Entscheidung E 1, 344 einzugehen, selbst Zweifel in dieser Richtung geäußert, wenn es dem Sinn nach meint, daß das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht weniger "adäquat" sei als das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze ³⁾.

Es erscheint daher notwendig, die Bedingungen aufzuzeigen, unter denen ein effektiver Rechtsschutz gegen Normen möglich erscheint. Es kann aber im gegebenen Zusammenhang nur darauf ankommen, die Kernfragen anzuschneiden. Bettermann ⁴⁾ hat sich über das, was im Interesse eines Rechtsschutzes gegenüber Normen liegt, eingehend und umfassend geäußert. Er führt aus, daß generell über die Gültigkeit einer Norm entschieden werden müsse, da dies dem Wesen der Norm entspreche ⁵⁾. Eine Norm gilt generell, und so muß auch eine Entscheidung über ihre Gültigkeit generell sein, da sonst eine Norm entgegen

1) so auch Eyermann-Fröhler, § 40 Anm. 88.

2) AöR 86 (1961), 153 ff. (186); Arentz, Diss. 1963, S. 133.

3) BVerfGE 24, 33 (48 ff.).

4) AöR 86 (1961), 160 ff.

5) a.a.O., 160; Ule, AöR 82 (1957), 125; BVerwGE 3, 143 (144).

ihrem Wesen relativiert würde. Relative Normen sind im deutschen Recht unbekannt, da gerade ihre generelle Wirkung ihr Wesen ausmacht. Daraus erhellt sich weiter, daß wegen der Allgemeinheit und Absolutheit des Gegenstandes die Entscheidung bei einem Gericht zu konzentrieren ist. Würde jedes Gericht allgemein über die Gültigkeit einer Norm entscheiden können, so wäre das mit den Anforderungen, die die Rechtssicherheit an die Rechtspflege stellt, unvereinbar, da über eine Norm gegensätzliche Entscheidungen denkbar wären. Wenn aber zu Normen gegensätzliche gerichtliche Erkenntnisse über ihre Wirksamkeit vorhanden sind, entsteht die Gefahr, daß die Rechtsordnung undurchsichtig wird. Auf Teilgebieten fehlen zunächst geeignete Direktiven, Konflikte zu entscheiden. Die Rechtssicherheit gerät unter dem Blickwinkel der Dogmatik in Gefahr ¹⁾.

Damit scheint zunächst nur ein übergreifender Aspekt aufgezeigt worden zu sein. Unter drei Gesichtspunkten soll er daher kritisch beleuchtet werden:

Es ist schon erwähnt ²⁾ worden, daß sich die Forderung der generellen Geltung aus der langen Entwicklung des Staatswesens erklärte und dem Bürger mehr Rechtssicherheit gewährte. Nun wäre bei einem anderen Geschichtsverlauf denkbar und im Hinblick auf die Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung erscheint es sogar realisierbar, daß der Staat einerseits durch Einzelakte reibungslos organisiert und andererseits die Freiheit des Bürgers zum Staat trotzdem gesichert wäre. Die geltende Rechtsordnung machte dies aber nur nach dem Gleichheitssatz möglich; etwa dergestalt, daß ein Fall geregelt würde, und die vergleichbaren Fälle entsprechend zu behandeln wären ³⁾. Dies wirft mindestens bei der Entfaltung

1) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 9.

2) siehe oben (§ 3, II) 2, a, bb.

3) Achterberg, DÖV 1973, 296, m.w.N.

des Gleichheitssatzes wieder die Frage auf, wie ein Gericht zu entscheiden hätte: Nur inter partes, mit der Folge, daß dann wieder alle vergleichbaren Fälle entsprechend zu behandeln wären, oder inter omnes, mit der Folge, daß für alle, einschließlich des Beschwerten, Klarheit darüber besteht, welche Ausgestaltung der Gleichheitssatz erfahren hat.

Die Generalität der Norm, sieht Achterberg ¹⁾ nicht als ein ihr wesentliches Begriffsmerkmal an. Er definiert vielmehr ein Gesetz umfassend als einen "vom Parlament im Wege des verfassungsgesetzlich hierfür vorgesehenen Verfahrens erlassenen Hoheitsakt". Im übrigen gibt es keine Gesetze, sondern nur aus dem Gesetz abgeleitete Einzelakte. Selbst ²⁾ dieser Gesetzesbegriff macht die Frage nach einer allgemeingültigen Gerichtsentscheidung nicht entbehrlich, da generelle Gesetze denkbar bleiben.

Schließlich muß daran erinnert werden, daß sich das Verfassungsprozeßrecht mit gerichtlichen Einzelfallentscheidungen und der daraus resultierenden Gefahr abgefunden hat. Gedacht ist hier an die Möglichkeit aller Gerichte, untergesetzliche Normen und vorkonstitutionelle Normen ohne Vorlage beim Bundesverfassungsgericht zu verwerfen ³⁾. Bei der Untersuchung der Konkurrenz der beiden Subsidiaritätsklauseln braucht zunächst auf diese Problematik nicht eingegangen werden, da das Konkurrenzproblem nur gegeben ist, wenn die Norm ein Grundrecht verletzt. In diesem Falle kann aber nur eine der beiden Klauseln einschlägig sein. Nach dem Prinzip der Ef-

1) a.a.O., S. 289 ff. (297).

2) Mit Roellecke (S. 290) ist diesem Gesetzesbegriff zunächst der Einwand Labands entgegen zu halten, daß ein Gesetzesbegriff, der sich mit dem Gesetzgebungsverfahren identifiziert, schon an der Dialektik der Sprache scheitert, da auch dieser sog. formalisierte Gesetzesbegriff erst durch die Sprache objektivierbar ist.

3) BVerfGE 18, 52 (59); 19, 17 (31/2); Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Anm. 7; Zöllner, § 1 GVG, Anm. 3c.

ektivität des Rechtsschutzes ist es aber nur die, die den Rechtsschutz verwirklichen kann.

Die Überprüfung der drei Einwände zeigt, daß die Forderung grundsätzlich aufrecht zu erhalten ist, einer Entscheidung über die Gültigkeit einer Norm Allgemeingeltung beizumessen. Deshalb ¹⁾ wird noch auf folgendes abgehoben: Urteilskollosionen lassen sich nicht durch die Instrumente der Rechtshängigkeit bzw. der Rechtskraft verhindern. Beide Instrumente wirken nur inter partes. Selbst, wenn so die Entscheidungen allgemein gelten würden, würde in der Praxis beim heutigen Stand der Gesetze nicht feststellbar sein, welches Gericht sich mit welcher Normenkontrolle befaßt hat. Als weiteres müßte problematisch werden, daß, wenn mehrere Klagen über denselben Streitgegenstand erhoben werden, diese nicht etwa damit abgewiesen werden können, daß schon andere geklagt haben. Das ergibt sich daraus, daß solange die Sache nicht entschieden ist, jeder Beschwerzte klagen können muß. Es träte also die Notwendigkeit auf, bei gleichem Streitgegenstand die Klagen bei einem Gericht zu verbinden. Aber selbst dann, wenn alle obigen Bedenken fallen gelassen werden, eine Entscheidung allgemein verbindlich zu erklären, und von einem beliebigen Gericht verkünden zu lassen, ist doch zweifelhaft, ob eine solche Normenkontrollklage dem Kläger effektiv hilft. Das ist nur dann möglich, wenn die gerichtliche Feststellung, daß diese Norm den Kläger verletzt, auch für das Staatsorgan - das ist der Verletzer - verbindlich ist. Da dies aber nur möglich ist, wenn es bei der Normenkontrollklage dieser Art einen Beklagten gibt, bei dem das Urteil wegen der inter partes Wirkung auch Erfolg haben würde, ist gerade diese Frage näher zu prüfen. Ob es einen Beklagten im obigen Sinne gibt, sagt weder Art. 19

1) Bettermann, AöR 86 (1961), 160 ff.

Abs. 4 Satz 1 und 2, Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG noch die §§ 76 ff BVerfGG. Übernimmt man diese Verfahrensgestaltung und wendet sie auf die Normenkontrollklage an, so würde kein Staatsorgan durch ein entsprechendes Gerichtsurteil gehindert, den Rechtsbeeinträchtigten erneut zu verletzen. Selbst wenn man annehmen wollte, daß es doch einen Beklagten gäbe, so trifft diese Überlegung auf ein theoretisch wie dogmatisch unüberwindbares Hindernis; nämlich auf das Willkürverbot. Werden allgemein geltende Normen einmal angewandt und einmal nicht, so ist Willkür gegeben.

Ein solches Ergebnis kann nur das Regelungsgefüge des Bundesverfassungsgerichtes vermeiden. Das Bundesverfassungsgericht stellt wegen § 31 BVerfGG mit Gesetzeskraft fest, ob eine Norm nichtig ist. Diese Entscheidung wird dann gemäß § 31 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG veröffentlicht und gilt dann wie jede Norm allgemeinverbindlich ¹⁾. Grundrechtsschutz vor eingreifenden Normen bietet in effektiver Weise nur das Bundesverfassungsgericht ²⁾. Damit soll festgestellt werden, daß Normenkontrolle immer ein Teil der Verfassungsgerichtsbarkeit ist ³⁾. Verfassungsgerichtsbarkeit liegt nur dann vor, wenn die Verfassungsmäßigkeit einer Norm in Frage steht ⁴⁾. Das Konkurrenzproblem der beiden Subsidiaritätsklauseln steht unter diesem Aspekt.

Ergebnis der objektiv, teleologischen Auslegung

Weder das Prinzip der Subsidiarität, oder das Prinzip der Würde noch das Prinzip der Normstufen erwiesen sich als ob-

1) Bettermann, ZfP 72 (1959), 36.

2) Bettermann, AöR 96 (1971), 531/2.

3) BGH, VerwRSpr. 9, 70; Kratzer, DÖV 1954, 44; Menger, S. 95; Bergmann, VA 51 (1960), 39; Koehler, § 47 I 3; Müller, DÖV 1965, 759; Homann, RiA 1955, 101 d.

4) Bettermann, AöR 86 (1961), 157; Obermayer, DVBl. 1965, 628.

ektiv teleologisches Auslegungskriterium geeignet. Dagegen zeigte die Untersuchung des Prinzips der Effektivität des Rechtsschutzes, daß dieses Prinzip den Widerstreit zwischen kollidierenden Rechtsschutznormen zu schlichten vermag. Der Konkurrenzsituation der beiden Subsidiaritätsklauseln zugewandt, zeigte sich, daß es zu überprüfen galt, ob das ordentliche Gericht des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG oder die Verfassungsbeschwerde geeigneter erschienen, einen effektiven Rechtsschutz gegen Normen zu bieten. Da es grundsätzlich geboten erscheint, bei Normenkontrollen eine allgemein geltende Gerichtsentscheidung herbeizuführen, erwies sich das Regelungsgefüge des Bundesverfassungsgerichtes als ein effektiver Garant des geforderten Individualrechtsschutzes als das Regelungsgefüge der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Gesamtergebnis der objektiv-systematischen Auslegung

Die grammatikalische Auslegung erbrachte keinen Hinweis, das Konkurrenzproblem zu lösen. Aber schon die formal-logische Auslegung erlaubte den Schluß, die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde von Art. 19 Abs. 4 Satz 2 aus zu sehen. Die historische Auslegung bestätigte diese Einsicht. Da sich bei der Klärung des Zweck- und Sachzusammenhangs der Subsidiaritätsklauseln ergab, daß sich die Zwecke der Klauseln entsprechen, war es erforderlich ein objektiv-teleologisches Entscheidungskriterium aufzuspüren. Hier erwies sich das Prinzip der Effektivität als entscheidungserheblich. Da, bedingt durch den Erlass der öffentlich-rechtlichen Verfahrensgesetze, nur noch die behauptete Grundrechtsverletzung durch Normen das Konkurrenzproblem auslöste, war zu analysieren, welche der beiden durch die Klauseln angesprochenen Gerichte effektiven Rechtsschutz verbürgten. Hierbei erwies sich das Regelungsgefüge des Bundesverfassungsgerichtes dem des or-

entlichen Gerichtes überlegen. Daraus ergab sich der Schluß, daß, entgegen der überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung und der Literatur, Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG absolut subsidiär gegenüber der an sich subsidiären Verfassungsbeschwerde ist.

2. Teil

Die subsidiäre Partizipation des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG
an Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG wird zur Zeit durch eine subsidiäre Partizipation an Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG wirksam. Satz 2 dient, teilnehmend an der Individualrechtsschutzgarantie, der Effektivität des Rechtsschutzes. Diese Auffassung ermöglicht es, zunächst unvoreingenommen Satz 2 mit Satz 1 in Beziehung zu setzen. Satz 2 wird auf diese Weise nicht als ein aliud zu Satz 1 gewertet. Vielmehr eröffnet diese Sicht die Möglichkeit, die Beziehung der beiden Sätzen als ein Überlagerungsphänomen darzustellen. Wenn Satz 2 aber nur in bestimmter Weise überlagert wird, muß nicht notwendig eine Substanzänderung eintreten. Etwa mit dem Erfolg, daß durch die Rechtsentwicklung nur in Satz 1 ein Grundrecht erhalten blieb, während Satz 2 zur ¹⁾ "reine(n) Kompetenzregel, die über die Rechtsschutzfunktion des Art. 19 Abs. 4 gar nichts aussagt", verkümmert.

§ 4 Überlagerung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG durch die drei Generalklauseln der öffentlich-rechtlichen Verfahrensgesetze

Daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG den Erlass der drei öffentlich-rechtlichen Verfahrensgesetze verursachte, wurde schon erwähnt ²⁾. Zu ergänzen ist aber, daß die in § 40 Abs. 1 VwGO, § 33 Abs. 1 FGO und § 51 SGG enthaltenen Generalklauseln für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten eine "andere Zuständigkeit" im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG

1) Bettermann, AöR 96 (1971), 531, Anm. 8.

2) siehe oben § 2.

"begründen". Da der Gesetzgeber tätig wurde, braucht Satz 2 das Vakuum ¹⁾ des Rechtsschutzes nicht zu füllen. Auf die Art und Weise wird Satz 2 nicht nur zur Garantie der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel ²⁾, sondern aller Generalklauseln, die öffentlich-rechtliche Streitigkeiten erfassen. Nicht zuletzt auch der Verfassungsbeschwerde, da Satz 2 in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG auch diesen Rechtsschutz ³⁾ sichert. Damit weist Satz 2 nicht nur auf Satz 1, sondern in erster Linie auch auf den Gesetzgeber. Wird der Gesetzgeber entsprechend tätig, so erweist sich Satz 2 ihm gegenüber als subsidiär. Das ordentliche Gericht kann nicht angerufen werden. Verständlich wird das nur dadurch, wenn auch in Satz 2 der in Satz 1 im Wortlaut aufgezeigte Gehalt dem Gehalt des Satzes 2 entspricht. Die Garantie erweist sich darin, daß es für den Gesetzgeber sinnlos erscheinen muß, eine Generalklausel zu streichen, da er damit nur eine Verschiebung innerhalb der Gerichtszuständigkeiten erreichen kann.

Trotz dieser eindeutig erscheinenden Regelung ist Art. 19 Abs. 4 Satz 2 verschiedentlich herangezogen worden. Neben der Erläuterung dieser Problemlagen, soll im Folgenden auch eine weitere Abgrenzung zwischen Satz 1 und Satz 2 versucht werden.

I. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur uneingeschränkten Geltung der Generalklauseln

1) Eine Rundfunkanstalt greift durch eine Fernsehsendung die Ehre und sonstige Rechtsgüter eines Bürgers an. Da eine Wiederholung zu befürchten ist, möchte der Bürger Klage auf

1) Wernicke, in Bonner Kommentar, Art. 19 IV, Anm. II, 4, 1.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 7.

3) Siehe auch oben § 3.

Unterlassung erheben. Damit stellt sich zunächst die Frage, an welches Gericht er sich wenden soll.

Der Anlaß zur Erörterung dieses Falles ist der Spruch des Landgerichtes Stuttgart, das als Hilfserwägung für seine Meinung, die ordentlichen Gerichte seien zuständig, Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG heranzog ¹⁾. Statt dessen ist nach entscheidungserheblichen Gesichtspunkten zu suchen, die für eine Zuweisung in den Zivilrechtsweg oder den Verwaltungsweg sprechen. Erst wenn ein Rechtsweg fehlt, kommt Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG in Betracht. Bei dem in Rede stehenden Problemkreis ist aber unbestritten ein Rechtsweg gegeben. Lediglich nach wie vor bestritten ist, ob es der Zivilrechtsweg ²⁾ oder der Verwaltungsrechtsweg ³⁾ ist. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG kann also nie zusätzliche ⁴⁾ Argumente für die Rechtswegbestimmung liefern, da die Generalklauseln je nach dem anwendbar sind oder nicht.

2) In Bremen wird eine Frau im Jahre 1962 zwangsweise von der Stadtpolizei in der geschlossenen Abteilung einer städtischen Nervenklinik untergebracht. Das Amtsgericht hat diese Unterbringung durch Beschluß für zulässig erklärt. Die Beschwerde erhebt gegen diesen Beschluß Beschwerde, u.a. weil das Amtsgericht unzuständig sei.

An sich ist die Unterbringung geisteskranker, geistesschwacher, alkohol- und rauschgiftsüchtiger Personen landesrechtlich geregelt. Daraus erklärt sich, daß das Bundesfreiheits-

1) LG Stuttgart, NJW 1962, 1622.

2) OLG Köln, NJW 1973, 858, m.w.N.; Fette, NJW 1971, 2210 ff.

3) OLG Frankfurt, NJW 1971, 41 ff.; Anm. zu OLG Köln: Bethge, H. in NJW 1973, 1508 f.

4) Hartmann, NJW 1962, 1623.

entziehungsgesetz nicht anwendbar ist, weil es nur für die Fälle, die bundeseinheitlich geregelt sind, gilt (§ 1).

Im Lande Bremen fehlte zur Zeit der polizeilichen Maßnahme eine Regelung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG. Dieser Umstand veranlaßte den BGH ¹⁾, den ordentlichen Rechtsweg als gegeben anzusehen, da nunmehr Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG entsprechend anwendbar sei. Hier ist in zweifacher Hinsicht eine Unterscheidung vorzunehmen. Einmal wird der Richter im Rahmen des Art. 104 Abs. 2 GG in einer nicht streitigen Angelegenheit ²⁾ tätig, da er materiellrechtlich durch den Einweisungsbeschluß eine verwaltende Tätigkeit ausübt, und zum anderen ist insoweit keine Frage des Rechtsschutzes zu klären, sondern eine Frage der zweckmäßigen Durchführung einer verfassungsrechtlichten Anordnung, wenn der Gesetzgeber wie hier ³⁾ untätig blieb. Es muß abwegig erscheinen, eine Rechtswegklausel wie Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Falle einer Zweifelsfrage in Kompetenzangelegenheiten entsprechend anzuwenden. Aus der Sicht der Kompetenzzuweisung bietet die Freiwillige Gerichtsbarkeit die zweckmäßigsten Regelungen an ⁴⁾ mit der Folge, daß gegen den richterlichen Beschluß eine Beschwerde gegeben ist ⁵⁾.

-
- 1) BGHZ 5, 46 (49); 15, 61 (63); zustimmend Habscheid, S. 164.
 - 2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 104 Anm. 25, 30; Holtkotten, in Bonner Kommentar Art. 104 Anm. C 3 e; Bachof, DVBl. 1952, 412; BVerwGE 1, 232; OVG Münster, NJW 1954, 736.
 - 3) Alle Länder haben inzwischen Gesetze zur Unterbringung von geistesschwachen, geisteskranken und süchtigen Personen erlassen. Als letztes Land folgte Bremen mit einem Gesetz vom 1.1.1963.
 - 4) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 17 (cc).
 - 5) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 104, Anm. 31; Gegen die Einleitung, z.B. eines vormundschaftlichen Verfahrens zur Prüfung, ob, und gegebenenfalls welche Maßnahmen zu treffen sind, ist eine Beschwerde nicht gegeben, da es an einer Verfügung im Sinne von § 19 Abs. 1 FGG fehlt (KG, FamRZ 1971, 473).

Entgegen Habscheid und des BGH (a.a.O.) ist eine Anwendung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG nicht möglich, da einerseits ein Rechtsbehelf gegeben und andererseits eine entsprechende Anwendung des Gedankens aus Art. 19 Abs. 4 Satz 2 nicht möglich ist. Mangels einer abweichenden Regelung ist das ordentliche Gericht kraft der Generalklausel zuständig. Die Generalklauseln sind Emnationen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und überlagern auf diese Weise den Satz 2.

II. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 im Verhältnis zu normativen Rechtswegausschlüssen

1. Vorkonstitutionelle Normen schließen den Rechtsweg aus.

Ein Postbetrüger legt gegen den von der Post gemäß den §§ 34, 41 Postgesetz ergangenen Strafbescheid im Jahre 1961 Rekurs gemäß § 42 Postgesetz bei der Oberpostdirektion ein, die den Rekurs abweist. Er möchte nunmehr klagen, wird aber auf § 42 I 2, 2. Halbsatz Postgesetz hingewiesen, der nach eingelegtem Rekurs "jedes gerichtliche Verfahren" ausschließt.

Der Rechtswegausschluß kollidiert mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Daher hätte jedes Gericht, wenn nicht der Gesetzgeber selbst tätig geworden wäre ¹⁾, die rechtswegversperrende Norm verwerfen können, da sie dem vorkonstitutionellen Recht angehört ²⁾. Dieses Ergebnis folgt daraus, daß die Entscheidung über die Vereinbarkeit der vor dem Inkrafttreten des GG erlassenen Normen mit dem GG die Autorität des durch das Grundgesetz eingesetzten Gesetzgebers unberührt läßt ³⁾. Das Postgesetz ist vorkonsti-

1) BGBl. III, S. 19 (1963).

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 64 (c); Bettermann, AöR 96 (1971), 558.

3) Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 53.

tutionell, da es aus dem Jahre 1871 stammt und im Jahre 1961 noch nicht in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers aufgenommen war, wohl aber wegen Art. 123 Abs. 1 GG weiter galt ¹⁾. Die Bestimmung des § 42 Abs. 1 Satz 2 Postgesetz verstößt in ihrem Halbsatz 2 gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Das Gericht brauchte diese Vorschrift nicht zu beachten, da es die Verwerfungskompetenz besaß.

Da es um die Beurteilung einer strafbaren Handlung geht, weist Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die Sache, ausweislich der entsprechenden Generalklausel in § 13 GVG, an die ordentlichen Gerichte, also an die Strafgerichtsbarkeit.

Das OLG Tübingen dagegen ²⁾ hat Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG angewendet. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Ein Kläger im ehemaligen Bundesland Württemberg-Hohenzollern wollte mit einer Klage beim Landgericht gegen die Stadt X vorgehen. Er machte der Stadt zum Vorwurf, daß die Erfassung eines seiner Zimmer, die daraufhin erfolgte Zuweisung dieses Zimmers an einen Dritten und die wegen seiner Weigerung zur Herausgabe des Zimmers durchgeführte Zwangsräumung mit den geltenden Gesetzen nicht übereinstimme. Diese Klage wurde zunächst vom Landgericht als unzulässig abgewiesen, da der Rechtsweg verschlossen sei.

In Württemberg-Hohenzollern hielt das Gesetz vom 31.5.1946 der Regierungsanordnung über Wohnraumbewirtschaftung in § 3 III 2 gegen die Entscheidung der Wohnaufsichtsbehörde nach

1) Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871 (RGBl. S. 347) ist durch das Gesetz über das Postwesen vom 28. Juli 1969 (BGBl. I, S. 1006) aufgehoben worden.

2) OLG Tübingen, DRZ 1950, 453.

eingelegerter und abgewiesener Beschwerde tatsächlich keinen Rechtsweg mehr offen. Diese gesetzliche Regelung entsprach der übrigen diesbezüglichen einschlägigen Gesetzgebung des Landes, so daß daraus keine Unwirksamkeit der rechtswegversperrenden Norm herzuleiten war. Es ist unbestritten, daß das Beschwerdeverfahren den Gerichtsweg nicht ersetzt ¹⁾.

Damit war der Rechtsweg allgemein ausgeschlossen und die Bedenken, die gegen die OLG-Entscheidung geltend zu machen sind, liegen offen. Es wäre Sache des Gerichtes gewesen, wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die §§ a.a.O. zu verwerfen und die geltende Generalklausel zu den Verwaltungsgerichten anzuwenden. Eine andere Zuständigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG war begründet.

2. Nachkonstitutionelle Normen schließen den Rechtsweg aus.

Zunächst sollen Rechtswegausschlüsse durch untergesetzliche Normen untersucht werden (a), und anschließend soll die Aufmerksamkeit Rechtswegausschlüssen durch förmliche Gesetze zugewendet werden (b).

a) Ein Nimrod, der eine Birkhahnjagd in Nordrhein-Westfalen gepachtet hat, ist mit der angeordneten Schonzeit für Birkwild bis zum 31. März 1975 (§ 10 Abs. 1 Ziffer 1 Durchführungsverordnung zum Landesjagdgesetz Nordrhein-Westfalen i. V.m. § 21 Landesjagdgesetz Nordrhein-Westfalen i. V.m. § 22 BJBG) nicht einverstanden. In dieser Verordnung wird der Rechtsweg ausgeschlossen ²⁾.

Der Jagdpächter ist der Auffassung, daß diese Verordnung von einer fehlerhaften Beurteilung des Wildbestandes ausgehe und

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 52.

2) Der Rechtswegausschluß entspricht nicht der geltenden Rechtslage des Landes.

daher eine so drastische Einschränkung der Jagd einen Ermessensmißbrauch darstelle, jedenfalls sei sein Jagdrecht gemäß § 1 Abs. 1 BJG verletzt. Wenn er allerdings die angeordnete Schonzeit übertrete, so mache er sich nach § 38 Abs. 1 BJG strafbar.

Wartet der Jagdpächter ab, bis eine Strafverfolgung gegen ihn aus gegebenem Anlaß in Gang gesetzt wird, so muß er die Verfolgungsakte angreifen. Auf diese Weise wird die Norm inzidenter geprüft. Einer gerichtlichen Nachprüfung der Verfolgungsakte steht zunächst der Rechtswegausschluß entgegen. Daher stellt sich die Frage, ob das angerufene Gericht nun nach Art. 100 Abs. 1 GG die Norm, die die Grundlage der Ermittlungshandlungen und des Rechtswegausschlusses ist, vorlegen muß, oder ob es selbst diese Norm verwerfen kann. Wäre hier der Fall einer untergesetzlichen Norm gegeben, so stände das negative Entscheidungsmonopol dem jeweiligen Gericht zu, da nun die Autorität des Gesetzgebers nicht mehr zu schützen ist ¹⁾. Ein Fall des Art. 100 Abs. 1 GG läge nicht vor.

Dazu gilt es also, die angezogenen Verordnungen rechtlich einzuordnen. Sie sind von einer zur Normsetzung befugten Stelle jeweils als Bundes- bzw. als Landesverordnung, ohne ein förmliches Gesetz zu sein, erlassen worden. Sie sollen sich in ihrem Sachbereich an die Allgemeinheit wenden und dort für jedermann gelten. Solche Normen werden, da sie im Range unter dem förmlichen Gesetz stehen, als untergesetzliche Normen bezeichnet ²⁾.

Demnach wird die Verletzung eines durch Grundgesetz und Bundesgesetz gewährten Rechtes durch die beiden Verordnungen

1) BVerfGE 18, 52 (59); 19, 17 (31 f.) Zöllner, § 1 GVG, Anm. 3c.

2) Eyermann-Fröhler, § 47, Anm. 13.

gerügt. Somit kann das angerufene Gericht incidenter die Bestimmung über den Rechtswegausschluß verwerfen und im übrigen den Fall prüfen. Eine Anwendung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG entfällt, da eine "andere Zuständigkeit" je nach Art der Ermittlungshandlungen in § 40 Abs. 1 VwGO oder in § 23 Abs. 1 EGGVG zu suchen ist.

b) Der Bundesgesetzgeber erläßt ein Gesetz, in dem bei Freiheitsstrafe verboten wird, sich öffentlich durch Vorträge oder ähnliches Gebaren zu Fragen der Kultur, insbesondere zum Schul- und Hochschulwesen zu äußern.

Weiterhin befindet sich in dem Gesetz eine Bestimmung, daß der Rechtsweg zu den Strafgerichten ausgeschlossen ist. Professor X, der zunächst von diesem neuen Gesetz nichts wußte, hatte durch Plakate einen Vortrag in der Universität angekündigt mit dem Thema: "Jugend als Lernende von der Scholastik bis zur Gegenwart." Er befürchtet Strafe, Festnahme und möchte, da er die Norm für grundgesetzwidrig hält, diese durch ein Gericht aufgehoben wissen.

Wartete er einen Feststellungsakt der jeweiligen Strafverfolgungsbehörde ab, und riefte dann ein Gericht zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen an, so wäre das angerufene Gericht des Rechtswegausschlusses wegen nicht in der Lage tätig zu werden. In diesem Zusammenhang könnte aber das Gericht in Erwägung ziehen, Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG anzuwenden, statt entsprechend Art. 100 Abs. 1 GG die Sache zur Überprüfung dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Das auf diese Weise nunmehr zuständige Gericht ist aber ebenfalls an die Bestimmung des Art. 100 Abs. 1 GG gebunden. Art. 100 Abs. 1 GG bestimmt, daß nachkonstitutionelle, förmliche Gesetze ¹⁾ nur vom Bundesverfassungsgericht verworfen

1) BVerfGE 2, 124 (128).

werden können. Dazu müssen sie dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden, wenn das vorlegende Gericht der Überzeugung ist, daß die Gültigkeit der Norm für die Verfahrensentcheidung erheblich ist. Erst die Feststellung der Rechtswidrigkeit im Zuge der Normprüfung durch das Bundesverfassungsgericht zieht für das Gericht die rechtliche Möglichkeit nach sich, die Norm außer Acht zu lassen. Der allgemeinen Gerichtsbarkeit steht insoweit nur ein Prüfungsrecht aber keine Verwerfungskompetenz zu ¹⁾. Damit erweist sich der Weg ²⁾, die ordentlichen Gerichte gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG einzuschalten, wenn der Rechtsweg zu einem Gericht gesetzlich ausgeschlossen ist, als unhaltbar, da nur eine Verschiebung im Hinblick auf das vorlegende Gericht erreicht wird. Ein solches Ergebnis entspricht nicht dem Gedanken der Effektivität des Rechtsschutzes, da lediglich eine Scheinlösung angeboten wird.

Hat das Bundesverfassungsgericht die Norm entsprechend § 31 BVerfGG verworfen, so kann es das Verfahren durchführen und damit gilt auch wieder die teilweise aufgehoben gewesene Generalklausel des § 13 GVG. Für eine Anwendung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ist kein Raum.

§ 5 Überlagerung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG durch Einzelzuweisungen öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten

Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG wird nicht nur durch die Generalklauseln überlagert, sondern auch durch ausdrückliche, gesetzliche Einzelzuweisungen von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten an Gerichte außerhalb der öffentlich-rechtli-

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Anm. 1, 2; Bargou, S. 8 ff. (81-84); Huber, S. 108.

2) Foit, S. 91; ähnlich: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 64 (3c).

chen Verfahren. Besonders beachtlich ist noch der Umfang ¹⁾ von Zivilprozeßsachen kraft Zuweisung. In Einzelbestimmungen werden so öffentlich-rechtliche Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zugewiesen. Dieser Umstand ist ein Erbe des Justizstaates. Der Gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte hat dies aber am Beispiel des § 9 Abs. 1 Satz 2 Fernmeldeanlagegesetz als einen verfassungsmäßigen Zustand angesehen ²⁾. Insbesondere im Hinblick auf die Rechtsweggarantie hat der Gemeinsame Senat erklärt: "Art. 19 Abs. 4 GG garantiert zwar den Rechtsweg in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, läßt aber offen, welcher Rechtsweg zu beschreiten ist; er begründet nur eine Ersatzzuständigkeit der ordentlichen Gerichte." Wollte man der gegenteiligen Auffassung folgen, die meint, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG diese Rechtssituation grundlegend geändert habe ³⁾, so würde allerdings insoweit keine Überlagerung mehr festzustellen sein. Davon würden zum Beispiel das Bundespatentgericht, die Dienststrafgerichte und die Dienstgerichte, sowie die Ehrengerichtshöfe der Rechtsanwälte nicht getroffen. Mindestens in diesen Sachgebieten wird Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG durch Zuweisungen zusammenhängender öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten an die ordentliche Gerichtsbarkeit überlagert.

-
- 1) vgl. hierzu die Aufzählung bei Hermann, ZJP 78 (1965), 349 ff.: Davon sei herausgegriffen § 40 Abs. 2 VwGO, Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG, §§ 23-30 EGGVG, § 157 BBauG, §§ 62 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung; vgl. auch Bettermann, Grundrechte, S. 824 ff.
 - 2) BVerwGE 37, 369 (373).
 - 3) Den Meinungsstand gibt umfassend Lorenz (S. 250, Anm. 18) wieder. Die Gegenmeinung möchte durch sachentsprechende Rechtswege eine Vereinfachung der Zuständigkeitsregelungen erreichen, dadurch eine Konzentration von Sachbereichen bei wenigen Richtern bewirken, um auf lange Sicht eine Verbesserung der Rechtsprechungsqualität zu sichern. Gegen den Spruch des Gemeinsamen Senats wird wohl schwerlich "ein Kraut gewachsen" sein (Renck, NJW 1971, 1606).

Den Verweisungsvorschriften ist ein Überlagerungseffekt nicht inhärent. Die §§ 41 VwGO; 17 GVG; 52 SGG; 48a ArbGG; 34 FGO begründen keine Rechtswege. Sie verhindern lediglich, daß durch die Wahl des falschen Rechtsweges der Kläger nicht den Prozeß verliert. Der Kläger kann durch einen Verweisansantrag an das zuständige Gericht diesen negativen Erfolg abwenden. Auf diese Art wird das Auffinden des richtigen Rechtsweges erleichtert. Sollte ein Gericht eine sachlich unrichtige Verweisung vornehmen, so ist lediglich nach der Unanfechtbarkeit der Verweisung ¹⁾, dem angewiesenen Gericht verwehrt, die Sache zurückzuverweisen ²⁾. Das angewiesene ³⁾ Gericht ist aber nicht gehindert nun seinerseits, ein klageabweisendes Prozeßurteil zu erlassen, wenn es zu der begründeten Auffassung gelangt, daß in der anhängigen Streitigkeit insgesamt kein Rechtsweg gegeben ist. Zwar mußte es als nach seiner Ansicht unzuständiges Gericht entscheiden ⁴⁾, aber die fehlerhafte Verweisung ersetzt nicht die sonstigen Prozeßvoraussetzungen ⁵⁾. Eine fehlende Zulässigkeit des Rechtsweges an sich wird durch die fehlerhafte Verweisung also nicht begründet. Andernfalls würde für rech-

-
- 1) Peters, S. 84 f., Naumann, S. 100 f. meinen, daß nicht erst der Instanzenzug beim jeweiligen Gericht durchlaufen werden müßte, sondern, daß in analoger Anwendung des § 276 Abs. 2 ZPO für alle Gerichtszweige die Verweisung selbst unanfechtbar sei.
 - 2) Eyermann-Fröhler, § 41 Anm. 16 für den Bereich der VwGO; Forsthoff, S. 116 für die übrigen Gerichtszweige.
 - 3) Die Frage, ob die Verweisung eine aufdrängende Wirkung, oder nur eine relative Bindung, eine abdrängende Wirkung hat, braucht hier nicht entschieden werden, da in jedem Fall kein neuer Rechtsweg begründet wird. Vgl. zum Streitstand: Eyermann-Fröhler, § 41, Anm. 14 ff.; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 9, II, 2; Weitere Nachweise: Volker Puls, "Die Rechtswegverweisung im Einstweiligen Anordnungsverfahren", jur. Diss. Hamburg 1972 (S. 54, Anm. 1).
 - 4) Bettermann, Grundrechte, S. 559; Eyermann-Fröhler, § 41, Anm. 16a; Peters, S. 85.
 - 5) BVerwGE 27, 170 (176).

tens erachtet werden müssen, daß ein Gerichtsbeschuß, herbeigeführt durch den Antrag der streitenden Parteien, den Rechtswegkatalog ergänzt. Die Ausgestaltung der Rechtswege ist aber Sache des Gesetzgebers ¹⁾.

Um die dogmatische Eigentlichkeit der Einzelzuweisungen in ihrem Bezug zu Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG konkreter aufzeigen zu können, sollen die entstandenen Streitfragen dazu aufgegriffen werden.

I. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur uneingeschränkten Geltung der Einzelzuweisungen.

1) Die öffentliche Hand beschlagnahmt Gegenstände von Privatpersonen und verwahrt diese. Da ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis entsteht, war zunächst strittig, welcher Gerichtszweig für Herausgabeklagen zuständig war.

Das Landgericht Aachen ²⁾ meinte am 30. September 1949, also kurz nach Erlaß des Grundgesetzes am 23. Mai 1949, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG den § 13 GVG nicht eingeschränkt habe, vielmehr könne Satz 2 entnommen werden, daß die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung den ordentlichen Gerichten belassen bleibe.

Dieser Auslegung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG kann nicht gefolgt werden, da schon die Entstehungsgeschichte ³⁾ den Satz zwei als Auffangnorm ausweist. In der Tat war vor Erlaß der VwGO eine Zuständigkeit für die ordentlichen Gerichte begründet. Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlicher Verwahr-

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 92, Anm. 134.

2) LG Aachen, NJW 1950, 114.

3) vgl. oben § 3, II, 3a.

rung waren in ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichtes als bürgerlich-rechtliche betrachtet worden. Dies änderte sich im Ergebnis, d.h. der Bejahung der gerichtlichen Überprüfbarkeit, auch nicht nach dem Erlaß des GVG. Lehre und Rechtsprechung bezeichneten dies als Zivilprozeßsachen kraft Überlieferung ¹⁾. Nach dem Inkrafttreten des GG flammte der Streit ²⁾ in dieser Frage erneut auf und wurde erst durch § 40 Abs. 2 VwGO zugunsten des ordentlichen Rechtsweges beendet.

Weder vor noch nach Inkrafttreten der VwGO war daher die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG begründet, da, welcher Meinung man auch vor Erlaß des § 40 Abs. 2 VwGO folgte, jedenfalls eine Einzelzuweisung gegeben war.

Dieser Streit gibt darüber hinaus ein Beispiel dafür, daß nicht immer die Entscheidung des Gesetzgebers bezüglich der Rechtswegzuweisungen nur dem Leitgedanken der Trennung von öffentlich-rechtlichem zu privat-rechtlichem Bereich folgt. Wenn der Gesetzgeber indes diesem Gedanken folgt, können dennoch weitere Fragen zu Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG auftauchen, wie an dem folgenden Fall verdeutlicht werden soll.

2) Ein Beamter, der anlässlich der Geburt seiner Tochter Regelsbeihilfe und aufgrund einer Zusage der Behörde außerdem Trennungsschädigung von dieser Behörde verlangt, möchte wissen, an welches Gericht er sich wenden soll, da die Behörde seine Wünsche nicht erfüllt.

Der BGH ³⁾ hat vor dem Inkrafttreten des neueren Beamten-

1) Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 91, 94.

2) a.a.O., § 40, Anm. 92.

3) BGHZ 10, 295 (297).

rechts ¹⁾ neben den seinerzeit geltenden Bestimmungen des Deutschen Beamtengesetzes zur Rechtswegbegründung der ordentlichen Gerichtsbarkeit hilfsweise Art. 19 Abs. 4 Satz 2 herangezogen. Dies wäre nur verständlich gewesen, wenn aus den Rechtswegbestimmungen für die streitige Sache keine Zuständigkeit zu entnehmen gewesen wäre. Indes enthielten die §§ 142, 182 DBG und Art. 129 der Weimarer Reichsverfassung eindeutig die Anordnung, daß die ordentlichen Gerichte zuständig seien. Diese Anordnung war unzweifelhaft, so daß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG als Auffangnorm nicht heranzuziehen war. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG sichert den Rechtsschutz an sich, sagt aber für die Abgrenzung ²⁾ der einzelnen Zuständigkeiten grundsätzlich nichts aus.

II. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur ineffektiven Handhabung des Rechtsschutzes bei Einzelzuweisungen.

Einem Strafverteidiger wird die Akteneinsicht, die er gestützt auf § 147 Abs. 2 StPO beantragt hatte, von der Staatsanwaltschaft verweigert. Er möchte dagegen vorgehen ³⁾.

Das OLG Hamburg ⁴⁾ hat dies mit der Begründung abgelehnt, daß die Verweigerung der Akteneinsicht eine Prozeßhandlung

-
- 1) Bundesbeamtengesetz in den Fassungen nach der Neubekanntmachung vom 14. Juli 1953 (BGBl. I, S. 551).
 - 2) § 199 Abs. 1 Ziffer 2 BBG hat die §§ 142, 182 DBG aufgehoben und die Sache gemäß den §§ 172 BBG, 126 BRRG den Verwaltungsgerichten zugewiesen.
 - 3) Weitere Möglichkeiten in diesem Sachgebiet wären: Rechtsverletzungen durch: Einleitung des Ermittlungsverfahrens; Zustellungs- und Vollstreckungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft; Einstellungen nach §§ 153 Abs. 1, 153b, 154, 154a, 154c und 170 StPO; Belehrungen und ähnliche Mitteilungen; Bejahung und Verneinung des öffentlichen Interesses (§ 376 StPO, § 232 StGB); Anklageerhebung; Berufung; Maßnahmen im Bereich der Strafvollstreckung; Verlautbarungen an die Presse. Im Einzelnen sei auf Strubel-Sprenger, NJW 1972, 1734 ff. verwiesen.
 - 4) OLG Hamburg, NJW 1972, 1586 f.

und daher nicht wie die Justizverwaltungsakte nach §§ 23 ff. EGGVG anfechtbar sei.

Die Problematik dieser Entscheidung wird erst deutlich, wenn in Erinnerung gerufen wird, warum die §§ 23 ff. EGGVG geschaffen wurden. Sie sollten nämlich die Unzulänglichkeiten des Rechtsschutzes im Strafvollzug und Strafprozeß beseitigen ¹⁾. Vor Inkrafttreten der §§ 23 ff. EGGVG, waren diese Fälle unter anderem in § 25 MRVO 165 angesprochen. Der gerichtlichen Überprüfung waren sie aber durch die Einordnung als Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafprozesses entzogen worden. Insoweit ordnete § 25 MRVO 165 einen Rechtswegausschluß zu den Verwaltungsgerichten an. Richtigerweise wurde daher vorgeschlagen ²⁾, den Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zu den ordentlichen Gerichten zu eröffnen. Nach Inkrafttreten des § 23 Abs. 1 EGGVG erfuhr die eingangs erwähnte staatsanwaltschaftliche Verfügung eine so differenzierte Betrachtungsweise, daß erneut geprüft werden muß, ob hier nicht eine Verletzung der Rechtsschutzgarantie vorliegt ³⁾. Allein durch die Einzelzuweisung eines Sachgebietes an eine Gerichtsbarkeit, die im Grundsatz geeignet ist, Rechtsschutz zu gewähren, ist Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht genügt, da er Rechtsschutz im Einzelfall gewährt.

Wenn, so ⁴⁾ wurde argumentiert, die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren einleitet, es durchführt und gestaltet, liegen Prozeßhandlungen vor, die spätestens in der Revision als mögliche Beeinträchtigungen einer uneingeschränkten Verteidigung als Revisionsgrund gerügt werden könnten. Eine Anwendung der §§ 23 ff. EGGVG jedenfalls scheide aus.

1) Eyermann-Fröhler, § 179, Anm. 1; VGH Mannheim; NJW 1973, 214.

2) Baur, DRZ 4 (1949), 396; Röhl, JZ 1954, 69; Tietgen, NJW 1956, 1129 ff.

3) Kalsbach, S. 74, 121 ff. (124).

4) OLG Hamm, NJW 1973, 1090; OLG Hamburg, NJW 1972, 1586 f., m.w.N.

Diese undifferenzierte Pauschalierung hält den Geboten des effektiven Rechtsschutzes nicht stand. Es bedarf der Betrachtung im Einzelfall, welches Recht verletzt ist. Wird nur das Recht auf uneingeschränkte Verteidigung verletzt, so mag es als ausreichend gelten, dies in der Revision zu rügen. Wird aber die Berufsehre des Verteidigers oder der Gleichheitssatz verletzt, etwa dadurch, daß anderen die Akteneinsicht gewährt wurde, so nützt dies in der Revision weder dem Angeklagten noch dem Verletzten ¹⁾. Demnach tritt hier eine Verletzung des den Satz 2 überlagernden Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ein, und damit sind durch § 23 Abs. 1 EGGVG die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung aufgerufen. Entgegen der Situation unter der MRVO ²⁾ ist nunmehr nicht mehr der Rechtsweg gesetzlich ausgeschlossen, so daß Satz 2 ⁹⁶ nicht den Weg zu ordentlichen Gerichten weist. (Art. 19 Abs. 4

-
- 1) Strubel-Sprenger, NJW 1972, 1736.
2) In § 25 Abs. 1 Satz 1 MRVO 165 und im VVG Berlin vom 8.1. 1951 galt Entsprechendes für die Anerkennung ausländischer Ehescheidungsurteile. Richtigerweise ist auf Grund dieser gesetzlichen Rechtswegversperrung der ordentliche Rechtsweg des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG eröffnet worden (BGH, NJW 1958, 831; BGH, MDR 1958, 414; KG, NJW 1957, 1406; 1407). Der Hinweis des BVerwG (JZ 1958, 627), daß der ordentliche Rechtsweg nur gegeben sei, wenn er sachlich keine sinnwidrigen Ergebnisse ergäbe, ist zu Recht kritisiert worden (Ule, JZ 1958, 628; Menger VA 49 (1958), 273, 274); denn bei einem gesetzlichen Rechtswegausschluß eines Gerichtszweiges bleibt notwendig der ordentliche Rechtsweg, und zwar unabhängig davon, ob das ordentliche Gericht nun sachlich sonderlich geeignet ist. Ohnehin ergibt die geltende Zuweisungsregelung kein einheitliches Bild (Baur, Sachzusammenhang, S. 15). Die Anerkennungsproblematik ist aber nicht ebenfalls in die §§ 23 ff. EGGVG eingegangen, sondern diese gelten nur hilfsweise (§ 23 Abs. 3 EG GVG) zum Familienrechtsänderungsgesetz vom 11.8.1961 (BGBI. I, S. 1221). Das OLG Karlsruhe (NJW 1973, 425) hat die §§ 23, 24, 26 EGGVG herangezogen für den Fall des § 10 EheG, wenn der OLG-Präsident die Ausnahmegenehmigung gem. § 10 Abs. 2 EheG verweigert und gegen den ablehnenden Bescheid des OLG Präsidenten ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt wird.

§ 6 Überlagerung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG durch die unmittelbar in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG begründete Zuständigkeit

Während einmütig die "andere Zuständigkeit" in Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG mit jeder Gerichtszuständigkeit identifiziert wird ¹⁾, gibt es zur Frage, wann eine Zuständigkeit "begründet" ist, gegensätzliche Auffassungen.

Eine gerichtliche Zuständigkeit könne nicht aus dem "Sachzusammenhang" oder aus der "Natur der Sache" begründet werden ²⁾. In diesen Fällen müsse Satz 2 eingreifen, der die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gesetzlich festlege.

Die so kritisierte Lehre und Rechtsprechung hat indes nicht neue gerichtliche Zuständigkeiten auf diese Weise geschaffen, sondern sie hat die Generalklausel des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG effektiv verwirklicht. Als erster hat Bachof ³⁾ der Systematik und Ausgestaltung der Verfahrensordnung der Verwaltungsgerichte entnommen, daß die Verwaltungsgerichte notwendig spezifischer auf die Verwaltungseigenarten ausgerichtet sind als die ordentliche Gerichtsbarkeit. Die ordentlichen Gerichte, so wäre zu ergänzen, sind wiederum mit Strafsachen besser vertraut als die Finanzgerichte ⁴⁾. Schließlich mag noch erwähnt sein, daß die rechtsan-

1) So schon der Parlamentarische Rat, JÖR 1 (1951), 186.

2) Wernicke, in Bonner Kommentar, Art. 19, II, 4h; Bettermann, Grundrechte, S. 816 f.; Arentz, S. 120; zweifelnd Menger, VA 49 (1958), 272 f.

3) Bachof, Klage, S. 16 f.; drs., JZ 1951, ¶ 39.

4) BFH, BStBl. 1951 III, S. 173; BFHE 60, 173 (175); BFHE 66, 517 ff.; BFHE 69, 5 ff.; BGH ST 13, 97 ff.; BGH ST 15, 73 ff.; BVerfGE 22, 49 f. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 61 (bb); heute in § 33 Abs. 2 Satz 2 FGO geregelt, daß in Strafsachen die ordentlichen Gerichte zuständig sind.

waltschaftliche Ehrengerichtbarkeit vom BGH ¹⁾ aus den gleichen Prinzipien bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit belassen wurde ¹⁾. Zusammengefaßt ist der Schluß zulässig, daß unter der Geltung der Rechtsschutzgarantie unvollständig ausgestaltete Verfahrensordnungen zu ergänzen sind. Der lediglich ordnende Gesichtspunkt kann der "Sachzusammenhang" sein oder es ist gelegentlich der Begriff der "Natur der Sache" verwendet worden. Dadurch wird aber schon deutlich, daß damit kein neuer Rechtsweg begründet werden kann. Für diese Behauptung soll der Satz Heideggers ²⁾ stehen. "Beweisen läßt sich in diesem Bereich nichts, aber weisen manches." Der durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG begründete Rechtsweg wird durch die genannten Prinzipien aufgefunden, gewiesen. Soweit also Rechtswege, etwa durch enumerative Aufzählungen unvollständig sind, werden sie wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ergänzt ³⁾.

Die Grenze zwischen Ergänzung und Neuschaffung von Rechtsschutzmöglichkeiten zu markieren, bereitet oft, wie die praktisch gewordenen Fälle zeigen, Schwierigkeiten. Dies soll an einigen casuellen Problemlagen verdeutlicht werden. Auf diese Weise wird die unmittelbare Überlagerung des Satzes 2 durch Satz 1 nochmals aufgezeigt.

1) BGHZ 34, 382 (387).

2) Zitiert nach Arthur Kaufmann, S. 45, der auf die Schrift "Identität und Differenz", S. 10 verweist.

3) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 60 (b); Siebert, Anm. 96; Boerner, DVBl. 1961, 846; Schenke, VA 60 (1969), 339; Lorenz, S. 247 (Anm. 4); Peters-Sautter-Wolff, § 51 Anm. 3a, bb; BVerfGE 31, 364 (368); BGHE 34, 244 (249); BFH-GrS.-E 66, 518 (519 ff.); BSG, JZ 1961, 187.

I. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur "Natur der Sache".

Ein Bundesministerium gibt vor dem Jahre 1960 eine Druckschrift gegen den Kommunismus heraus. In der Schrift wird der Bürger X als Spitzel und Spion bezeichnet. Dagegen möchte X vorgehen. Welches Gericht hat er zu bemühen, um seine Verunglimpfung zu unterbinden?

Vor Erlass der VwGO im Jahre 1960 warf dieser Fall grundsätzliche Fragen auf, die spätestens ¹⁾, seit Geltung der VwGO, beantwortet sind. § 40 VwGO hat einen Streit beendet, der um die Frage entbrannt war, ob der Verwaltungsrechtsweg erst bei Vorliegen eines Verwaltungsaktes beschreitbar ist, oder bei jedweder öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Nachdem nun feststeht, daß das Vorliegen eines Verwaltungsaktes nur noch für die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO bedeutsam ist, ist es notwendig noch einmal auf den alten Streitstand einzugehen, um das Problem aufzeigen zu können, das mit Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zusammenhing.

Wer, wie das OLG Köln ²⁾, das Vorliegen eines Verwaltungsaktes verneinte und sich damit den Weg über § 25 Britischer MRVO 165 zu den Verwaltungsgerichten versperrte, sich aber der Meinung von Ule und Menger ³⁾, die über § 22, 1 MRVO Nr. 165 jede "andere Streitigkeit des öffentlichen Rechts" den Verwaltungsgerichten zuwies, nicht anschließen mochte, der stieß notwendigerweise auf Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG.

Bei der Erörterung der Frage, ob im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ein anderer Rechtsweg begründet ist, bieten sich

1) Bettermann, AöR 96 (1971), 535.

2) OLG Köln, NJW 1952, 187 ff.

3) Ule, Handkommentar zum Gesetz über das BVG, § 9 Anm. II, 1a; Menger, VA 48 (1957), 175.

zwei Möglichkeiten an. Einmal ein Gerichtsweg kraft ausdrücklicher gesetzlicher Zuweisung oder zum anderen der Ersatzrechtsweg des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG. Nun meinte aber das schon erwähnte OLG Köln ¹⁾ einen anderen Weg gehen zu sollen: "... Glaubt der Senat deshalb von der Natur der Sache her ... die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf Grund des Art. 19 IV GG bejahen zu müssen,...". Aus den Urteilsgründen ergibt sich, daß Satz 2 gemeint ist. Dieses Ergebnis ist nicht nur durch die Berufung auf die Natur der Sache, sondern auch durch die Anwendung des Ersatzrechtsweges bedenklich.

Die "Natur der Sache" oder der "Sachzusammenhang" begründet nicht primär einen Rechtsweg, sondern kommt als Prinzip in Betracht, die Gerichtszuständigkeit zu ergänzen, wenn Ansprüche geltend gemacht werden, von denen manche nicht zur Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes gehören. In diesen Fällen ist vorgeschlagen worden, bewogen durch den Gedanken der Entscheidungsnähe und der Entscheidungsgüte, es bei der Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes zu belassen ²⁾.

Das Gericht konnte nicht zur Anwendung des Ersatzweges kommen, da es nach modernerer Auffassung nur herausgearbeitet hat, welcher Art der Rechtsstreit ist ³⁾. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG kann also nicht zusätzlich einen Rechtsweg bestimmen, sondern Satz 2 eröffnet nur bei Fehlen eines Gerichtsweges den Weg zu ordentlichen Gerichten ⁴⁾. In dem aufgezeigten Fall waren daher die ordentlichen Gerichte schon nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zuständig.

1) OLG Köln, NJW 1952, 188.

2) Baur, Sachzusammenhang, S. 1 ff. (18 ff.); Naumann, in Schack Festschrift, S. 102; W. Gravenhorst, Die Aufspaltung der Gerichtszuständigkeit nach Anspruchsgrundlagen, Berlin 1972; a.A.; für die ZPO: BGH LM Nr. 26 zu 276 ZPO; zustimmende Anm.: Ritter, NJW 1971, 1217 f.

3) vgl. im einzelnen zur Subjektionstheorie bzw. zur Interessentheorie, Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 3, Anm. 5 m.w.N.

4) Hartmann, NJW 1962, 1623.

II. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur Anordnungsbefugnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Der B möchte ein Gebäude errichten. Sein Baugesuch wird unter anderem mit der Begründung abgewiesen, er sei "ein unzuverlässiger Säufer". B verlangt nun vor den ordentlichen Gerichten den Widerruf dieser unwahren und ehrkränkenden Behauptung.

Heidenhain ¹⁾ hat die Ansicht vertreten, daß der Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG die Rechtslage bezüglich der Amtshaftungsfolgen geändert habe. Insbesondere sei nun wegen § 249 BGB; Art. 34 Satz 3 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG eine Naturalrestitution als Folge einer Amtspflichtverletzung möglich. Die ordentlichen Gerichte haben nun, so meint er, die gleichen Möglichkeiten wie die Verwaltungsgerichte, da Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG den Wirkungsbereich der ordentlichen Gerichte erweitert habe. Das habe zur Folge, daß die ordentlichen Gerichte genau wie die Verwaltungsgerichte nunmehr, statt wie vorher nur über Schadensersatz zu befinden, auch den Verwaltungsakt selbst aufheben können.

Dieser Auffassung sind die Rechtsprechung ²⁾ und Lehre ³⁾ nicht gefolgt, sondern der Große Zivilsenat hat lediglich an der Begründung der älteren Rechtsprechung nicht mehr festgehalten. Er bezeichnete das Argument der Gewaltenteilung, das vorher die Auffassung, eine Naturalrestitution sei bei der Staatshaftung grundsätzlich nicht möglich, gestützt hatte, "angesichts des Verfassungsprinzips der Rechtstaatlichkeit

1) Heidenhain, NJW 1949, 854; drs., NJW 1952, 605; drs., NJW 1953, 1081.

2) BGHZ 34, 99 (104 f.).

3) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 34, Anm. 36; Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 89; Bettermann, AöR 96 (1971), 551.

und der ausgebauten gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung heute nicht mehr (als) stichhaltig".

Die Meinung des BGH wird von der Lehre ¹⁾ überwiegend unterstützt. Dabei kommt zum Ausdruck, daß weder die ordentlichen Gerichte in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte übergreifen könnten, noch daß über die möglicherweise private Haftung des Beamten auf den Staat selbst eingewirkt werden darf. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG hat also auch insoweit zu Mißverständnissen geführt. Eine Verletzung des Grundsatzes der Effektivität des Rechtsschutzes läge allerdings vor, wenn nur Schadensersatz gewährt werden könnte, dagegen die Möglichkeit, den Verwaltungsakt aufzuheben, fehlt.

III. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zu unvollständig ausgebildeten Rechtswegen.

Die Eltern eines Fürsorgezöglings stellen beim Landesjugendamt einen Antrag auf Urlaub des Zöglings. Der Antrag wird vom Landesjugendamt abgelehnt. Gibt es dagegen einen Rechtsweg, obwohl für diese Fallgestaltung das JWG keinen Rechtsweg ausdrücklich benennt?

Unbestritten ist bei diesem Fall zweierlei, nämlich daß ein Verwaltungsakt vorliegt und daß dieser der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Strittig ist dagegen die Frage, welche Gerichtsbarkeit den Rechtsschutz zu übernehmen hat. Nun

1) Ule, DRiZ 1950, 228, Anm. 20; Loppuch, NJW 1952, 1039; Walz, JZ 1952, 223; Blomeyer, MDR 1952, 23; Loppuch, NJW 1953, 1578; Richter, NJW 1953, 1579; Rupp H.H., NJW 1961, 812; vgl. auch H. Ingenohl, Amtshaftung und Naturalrestitution. Unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen des Art. 19 IV 2 des Bonner Grundgesetzes, jur. Diss., Heidelberg 1955.

mag es auf den ersten Blick merkwürdig anmuten, daß in Anbetracht der Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO, die Frage diskutierbar ist, ob hier nicht die ordentliche Gerichtsbarkeit im Rahmen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig ist. Die Befürworter der ordentlichen Gerichtsbarkeit ¹⁾ stellen heraus, daß durchweg in Fürsorgeangelegenheiten der Vormundschaftsrichter tätig wird. Ihm wird auch u.a. regelmäßig über die Entwicklung des Jugendlichen berichtet (§ 73 JWG). In diesen Rahmen fällt auch die Urlaubsgewährung. Soll nun über die Rechtmäßigkeit eines ablehnenden Urlaubsgesuches befunden werden, so erscheint der Vormundschaftsrichter als der sachlich Berufenere als der Verwaltungsrichter, der möglicherweise nie etwas mit der Fürsorgeerziehung zu tun hatte. Damit muß gefragt werden, ob in dem Sachgebiet der Fürsorgeerziehung eine Gesamtzuweisung an die ordentlichen Gerichte anzunehmen ist. Die Gegner lehnen dies mit dem Hinweis auf den Begriff der "ausdrücklichen" Zuweisung in § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ab ²⁾. Abgesehen davon, daß das Wort "ausdrücklich" nur verhindern ³⁾ soll, daß die Zivilgerichte wieder "kraft Tradition" Streitsachen an sich ziehen, liegt hier nicht nur ein Kompetenzstreit vor. Hier ist das Gebot des effektiven Rechtsschutzes in Frage gestellt. Das ergibt sich nicht nur aus der Tatsache, daß einer verhältnismäßig geringfügigen Angelegenheit wegen, mehrere Gerichte bemüht werden mußten mit dem dadurch verursachten Zeitverlust, sondern auch dadurch, daß die Abwägung zwischen einem vorhandenen, sachlich vorgebildeten Gericht auf der einen Seite und einem sachfremden Gericht auf der anderen Seite, der Effektivität des Rechtsschutzes durch die ordentlichen Gerichte

1) Von Staudinger-Göppinger, Anhang zu § 1666 BGB, Anm. 498, 500; VG Braunschweig, NJW 1963, 1892; OVG Lüneburg, NJW 1964, 1687.

2) Lauterbach, in Palandt, § 69 JWG, Anm. 3; Riedel, § 69 Anm. 4; Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 79a; offen: Bay OLG 14, 173 (180).

3) Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 92, 93.

der Vorzug zu geben ist. Bei der Abwägung sich überschneidender Rechtswegzuweisungen muß das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes den Ausschlag geben. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG erweist sich als durch Satz 1 überlagert, der die Sache an die ordentlichen Gerichte überweist ¹⁾.

IV. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur enumerativen Ausgestaltung der verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten.

Ein Abgeordneter ist durch die Reden der X-Parteiführer über die Eigentumsordnung tief bestürzt. Er stellt daher, um das Übel bei der Wurzel zu packen, bei dem Bundesverfassungsgericht den Antrag, diese Partei gemäß Art. 21 Abs. 2 GG für verfassungswidrig zu erklären. Das Bundesverfassungsgericht weist den Antrag mit Hinweis auf § 43 BVerfGG als unzulässig zurück.

Sicherlich ist sofort erkennbar, daß der Abgeordnete nicht einmal virtuell in seinem Recht auf Eigentum verletzt ist. Doch wäre nicht auszuschließen, daß die genannten X-Parteiführer alle Eigentümer so verteufeln, daß nicht zuletzt jeder Eigentümer fürchtet, um "Hab und Gut" gebracht zu werden. In dieser Situation trägt der Abg. vor, daß Art. 21 Abs. 2 GG mehr als nur ein Reflex zu seinen Gunsten sei. Verfahrensrechtlich gesehen, möchte er untersucht wissen, ob durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 nicht das fehlende Antragsrecht beseitigt werden kann; ob also die Rechtsweggarantie entweder die unvollständige Aufzählung ergänzt oder aber in kühnem Zugriff auf die ordentliche Gerichtsbarkeit eine Rechtsschutzlücke beseitigt wird.

1) Wer dieser Meinung nicht folgt, kommt entsprechend zu einer Überlagerung zu Gunsten der Verwaltungsgerichte.

Dieses Vorgehen würde ein Problem der Verfassungsbeschwerde in einen anderen Wirkungskreis des Bundesverfassungsgerichts verschieben. Soweit das Bundesverfassungsgericht Individualrechtsschutz gewährt, ist eine Generalklausel in den §§ 90 ff. BVerfGG vorhanden. Um des möglicherweise einen Gerechten wegen kann diese Zuständigkeit nicht auch in den Bereich der politischen Verfassungsgerichtsbarkeit verschoben werden. Wer Schaden von der Allgemeinheit und letztlich von sich wenden will, ist hier darauf angewiesen, entweder eine Mehrheit im Bundestag, im Bundesrat oder die Bundesregierung selbst insoweit zu einem Antrag zu veranlassen (§ 43 BVerfGG). In einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat ist die Phase der Willensbildung im Parlament nicht ohne Spruch und Widerspruch ¹⁾ denkbar. Doch das Wortgefecht endet selbst dort nicht, sondern auch die mit Mehrheit beschlossenen Willensakte, die Gesetze unterliegen der gerichtlichen Kritik. Erst in diesem Moment kann sich der Bürger unmittelbar zur Wehr setzen. Sollte der Gerichtsschutz schon in der Phase der Willensbildung der Parlamente einsetzen, so wäre dieses nicht mehr mit einer parlamentarischen Demokratie vereinbar, die von den verfassungsmäßigen Parteien getragen wird. Ein Parteiverbot ist keine Frage des Individualrechtsschutzes. Eine andere Frage ist es, ob der Gesetzgeber mit der beschränkten Antragsbefugnis der Eigenverantwortlichkeit der Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) ganz gerecht geworden ist.

V. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zu den einzelnen Ausgestaltungen des Rechtsweges.

- 1) Ein Landesgesetzgeber hatte ein Gesetz erlassen über die Beschränkung der Berufung und der Beschwerde in Verwal-

1) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 221

tungsstreitsachen auf die Dauer eines Jahres. In diesem Jahre sollten Berufung und Beschwerde nur unter erschweren Voraussetzungen möglich sein.

- 2) Die französische Besatzungsmacht fällt in der Nachkriegszeit Bäume auf einem deutschen Grundstück. Der Geschädigte, der Klage erhob, wurde abgewiesen unter Hinweis auf § 3 Abs. 2 Allg. Kriegsfolgengesetz. Diese Bestimmung besagte, daß bis zum 31.3.1968 ein Klagestop erlassen war.
- 3) Das Bay. Kostengesetz stellt in Art. 1 den Grundsatz auf, daß die Behörden des Staates für ihre Amtshandlungen Kosten erheben. Dieser Grundsatz soll nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 KG auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten. Damit gilt der Grundsatz, auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit einen Kostenvorschuß zu zahlen. Wird nun der Kostenvorschuß nicht binnen einer bestimmten Frist beglichen, so gilt der Antrag als zurückgenommen (Art. 24 Satz 2 KG).

Die Fälle haben alle eines gemeinsam: Es wird der Weg zu den Gerichten in bestimmter Weise erschwert. Verstößt das gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG?

Einmal (oben 1) finden diese Beschränkungen ihre Berechtigung darin, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG nur den Rechtsweg an sich, nicht aber den zwei- oder mehrstufigen Instanzenzug sichert, weil sich ein solcher nicht aus dem rechtsstaatlichen Prinzip herleiten läßt¹⁾. So gibt es noch

1) BVerfGE 4, 74 (94); BVerfGE 28, 21 (36); Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 45, 46; Leibholz-Rinck, Art. 20, Anm. 37; Bettermann, AöR 96 (1971), 552 ff.; Lorenz (S. 241 ff. (245)) allerdings hält den Gesetzgeber für verpflichtet, soweit wie möglich eine weitere Instanz, da wo in erster und letzter Instanz entschieden wird, einzu-

einige Fälle des heute geltenden Gerichtsverfassungsrechtes, in denen die Gerichte in erster und letzter Instanz entscheiden ¹⁾.

Zum anderen (oben 2) muß neben dem Recht aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG auf freien Zugang zu den Gerichten der Satz stehen, daß der Gesetzgeber für die Bewältigung von Aufgaben und Lösung der Probleme, eine gewisse Zeitspanne beanspruchen ²⁾ darf. Solange diese Zeit wie hier angemessen begrenzt ist, ist darin kein endgültiger Ausschluß des Rechtsweges zu erblicken ³⁾. Einen vergleichbaren Fall enthält Art. 131 Satz 3 GG, den das Bundesverfassungsgericht den genannten Grundsätzen entsprechend billigte ⁴⁾.

Für den letzten Fall (oben 3) finden sich Gründe der Rechtfertigung, die auch auf die beiden ersten Fälle angewandt werden können: Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG liegt vornehmlich darin, die vollziehende Gewalt, wo es erforderlich ist, in ihre Schranken zu verweisen. Aber auch der Gesetzgeber und der Richter müssen sich grundsätzlich

Fortsetzung 1) von S. 87:

führen. Zwar weist er zu Recht darauf hin, daß der Richter in Verfahrensfragen selbst Gewalt ausübt und damit auch Rechte verletzen kann, aber es wurde schon dargelegt (vgl. oben § 3, II, 2, a, cc), daß insoweit nur durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG die Verfassungsbeschwerde geboten ist.

- 1) § 29 Abs. 1 Satz 1 EGGVG, § 28 Deutsches Auslieferungsgesetz; Allerdings hat das Gesetz zur allgemeinen Einführung eines 2. Rechtszuges in Staatsschutz-Strafsachen vom 8.9.1969 (BGBl. I 1582) die frühere erstinstanzliche Zuständigkeit des BGH aufgehoben.
- 2) BGH, NJW 1967, 1860; Gesetz zur Entlastung des BGH in Zivilsachen vom 15.8.1969 (BGBl. I, S. 1141).
- 3) BGH, NJW 1959, 1036; BVerwGE 6, 84 (85); BVerfGE 33, 247 ff.
- 4) BVerfGE 16, 94 (109 ff.) Evers, Dürig-Evers, S. 60.

einer Kontrolle unterziehen, wenn der Bürger in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Natürlich wäre der Zweck der Rechtsschutzgarantie vollständig erfüllt, wenn der Rechtsweg schrankenlos offenstände. Doch schon da könnte sich zeigen, daß eine solche Komplizierung eintrete, daß den mit dem Rechtsschutz vertrauten Organen der eigentliche Zweck ihrer Aufgabe mehr und mehr aus dem Blickfeld entschwände, sodaß der Schutz in eine Rechtsbeeinträchtigung umschlüge. Doch nicht nur dieser Gefahr muß begegnet werden. Es muß auch die Verwaltung und die Gesetzgebung zum Wohle des Bürgers intakt bleiben. Daher ist es richtig, wenn gefordert wird, daß die Ausgestaltung des Rechtsweges nach sachgerechten Gesichtspunkten zu erfolgen habe ¹⁾. Kommt dagegen die Verfahrensgestaltung praktisch einem Ausschluß gleich, weil die Beschreitung nur unter unzumutbaren Opfern möglich ist, oder Sachgründe für die entsprechende Regelung nicht nachweisbar sind, so bleibt nur der Schluß, den Rechtsweg als ausgeschlossen anzusehen. Demnach sind alle herkömmlichen Grundsätze des Prozeßrechtes zu billigen ²⁾. Allerdings wird schon deutlich, daß dies nicht uneinschränkbar gilt. Das trifft besonders hinsichtlich des Kostenrechts zu. Der Hinweis ³⁾ auf das Armenrecht oder vereinzelte gesetzliche Bestimmungen, die die Kostenpflicht mindern, verdeckt den Blick auf den Normalfall. Die Stimmen mehren sich, in den Prozeßkosten eine Rechtswegsperre zu erblicken ⁴⁾. Es ist

1) Bettermann, AöR 96 (1971), 558.

2) BVerfGE 10, 264 (267 f.); BVerfG, in DÖV 1970, 237 (239); Evers, Dürig-Evers, S. 70.

3) Lorenz, S. 255; angesprochen sind Bestimmungen, die erlauben, den Streitwert auf Antrag herabzusetzen: §§ 53 PatG; 31a WZG; 247 Abs. 2 und 3 AktG; 23a UWG; 17a GebrMG.

4) zuletzt: E. Bokelmann "Rechtswegsperre" durch Prozeßkosten, in: ZRP 1973, 164 ff., mit Hinweisen auf: Fechner, E. in: JZ 1969, 349 ff. (Kostenrisiko und Rechtswegsperre) u.a; vgl. auch Bauer G. in: VersR 1973, 110 ff. (Prozeßkosten, Grundgesetz und Rechtsschutzversicherung); Seetzen, U. in: ZRP 1971, 35 ff. (Prozeßkosten und sozialer Rechtsstaat); ferner Landolt, M. in: Schweizerische Juristen-Zeitung 1970, 33 ff. (Unentgeltliche Rechtshilfe in den Vereinigten Staaten).

hier nicht der Ort dies weiterzuverfolgen ¹⁾. Jedenfalls ist insgesamt der Rechtsschutz in diesem Bereich leicht zu gefährden ²⁾. Da aber die (versperrte) Gerichtsbarkeit bekannt ist, ist sie kraft Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG wieder zu eröffnen. Satz 2 bleibt überlagert, da die andere Zuständigkeit begründet ist.

VI. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zum Rechtsschutz gegen Rechtsnormen.

1) Zunächst soll unter diesem Gesichtspunkt noch einmal der Jagdpächterfall ³⁾ herangezogen werden. In Nordrhein-Westfalen gibt es keine landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen zu § 47 VwGO. Damit erscheint der Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen fraglich.

Es ist schon festgehalten worden ⁴⁾, daß in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG der Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen enthalten ist. Die Konsequenz aus dieser Feststellung

-
- 1) Als Abhilfemöglichkeiten werden genannt (Bokelmann, ZRP 1973, 165): 1. Kostenbefreiung in bestimmten sozial wichtigen Prozeßarten wie Miete, Unterhalt und Scheidung. 2. Aufhebung des Anwaltzwanges. 3. Erweiterung des Armenrechts. 4. Streitwertherabsetzung nach Billigkeitsgrundsätzen. 5. Kostenverteilung zwischen den Parteien nach Instanzgewinn und Billigkeitsgrundsätzen. 6. Einführung einer allgemeinen Rechtsschutzversicherung. - In dieser Richtung: BVerfGE 31, 306 - zu § 61 Abs. 1 Satz 2 ArbGG.
 - 2) Die gleichen Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht auch bei Verwirkung der Befugnis zur Anrufung der Gerichte angewandt (E 32, 305 (309 f.)); Dütz, W. meint dagegen, daß verfassungsmäßige Gerichtsschutzgarantien einer Verwirkung i.S. von § 242 BGB nicht unterliegen können (Verwirkung des Rechts auf Anrufung der Gerichte, in: NJW 1972, 1025 ff.).
 - 3) siehe oben § 5, II, b, aa.
 - 4) vgl. oben § 3, II, 2, a, bb.

ist, daß bei einer Rechtsverletzung durch untergesetzliche Normen das Prozeßrecht auch einen Rechtsweg zur Verfügung stellen muß ¹⁾. Durch die strafbewehrte Anordnung ist der Jagdpächter möglicherweise in seinen Rechten verletzt, ohne daß ihm aber eine Möglichkeit offen steht, vor Gericht diese Frage klären zu können. Auf den ersten Blick müßte es richtig erscheinen, die ordentlichen Gerichte gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG für zuständig zu halten. Dieser Eindruck wird in Nordrhein-Westfalen noch dadurch verstärkt, daß es auch keine Landesverfassungsbeschwerde gibt. Auch auf Bundesebene gibt es keine Möglichkeit, eine untergesetzliche Norm überprüfen zu lassen, wenn sie ein Recht außerhalb des Verfassungsbeschwerdenkatalogs des § 90 Abs. 1 BVerfGG verletzt ²⁾.

Nun ist eingangs erläutert worden, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unvollständig ausgebildete Rechtswege ergänzt. Diese Möglichkeit lenkt den Blick auf § 47 VwGO. In der Literatur ist dieser Bestimmung viel Aufmerksamkeit zuteil geworden. In diesem Zusammenhang interessiert nur der engere Bezug zu Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG. Es sei erlaubt, hier auf die Ausführungen von von Engelhardt zurückzugreifen, da dieser auch die einschlägigen Arbeiten erfaßt und verwertet hat.

Eine Ergänzung des § 47 VwGO wäre durch die Streichung der "Länderermächtigung" zu erreichen. Wird es nicht mehr den Ländern anheim gestellt, untergesetzliche Normen durch das Oberverwaltungsgericht überprüfen zu lassen, so gilt § 47 VwGO uneingeschränkt im ganzen Bundesgebiet. Dieses Ziel meint von Engelhardt ³⁾ auf drei alternativen Wegen erreichen zu können:

1) von Engelhardt, S. 248.

2) a.a.O., S. 249; Obermayer, DVBl. 1965, 631.

3) von Engelhardt, S. 244 ff.

Einmal kann der Beschwerde ein Gericht mit der Begründung anrufen, er sei in seinen Rechten durch eine untergesetzliche Landesnorm verletzt worden. Da aber ein Rechtsweg nicht eröffnet ist, wäre das angerufene Gericht veranlaßt, wegen Art. 100 Abs. 1 GG das Bundesverfassungsgericht anzurufen. In dem Vorlagebeschluß müßte es seine begründeten Zweifel darlegen, ob die Ermächtigungsklausel mit der Rechtsschutzgarantie korrespondiert ¹⁾. Nach der allgemeinverbindlichen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kann das angerufene Oberverwaltungsgericht entsprechend den Vorschriften des § 47 VwGO den Fall in der Sache behandeln.

Zum anderen kann der Beschwerde eine Verfassungsbeschwerde direkt zum Bundesverfassungsgericht mit der Behauptung erheben, in seinem Grundrecht auf Gerichtsschutz verletzt zu sein, da die Ermächtigungsvorschrift die Überprüfung der im übrigen behaupteten Rechtsverletzung, z.B. des Jagdrechtes ²⁾, vereitelt ³⁾.

Schließlich meint von Engelhardt, sei auch eine Verpflichtung des Bundesgesetzgebers zur Streichung der Ermächtigungsklausel festzustellen ⁴⁾. Oder umgekehrt wäre der Landesgesetzgeber verpflichtet, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen ⁵⁾. Diesen Fragen braucht hier nicht weiter nachgegangen zu werden. Erwähnt werden muß dazu aber, daß die Rechtsprechung jedem Versuch in dieser Richtung fast einmütig widersprochen hat. Richtig ist, daß weder durch den Versuch der verfassungskonformen Auslegung der eindeutige Wortlaut der Länder-

1) a.a.O., S. 255. Im übrigen hält er auch Art. 3 Abs. 3; 33 Abs. 1 GG für verletzt, was nicht weiter untersucht werden soll.

2) Bundesrecht gilt als Maßstabrecht für § 47 VwGO; Bachof, DÜV 1964, 9 ff. (12); Eyermann-Fröhler, § 47, Anm. 24a zum Streitstand.

3) Von Engelhardt, S. 255 f.

4) a.a.O., S. 252 ff.

5) a.a.O., S. 257 ff.

ermächtigung "hinwegzuinterpretieren" ist, noch ist eine analoge Anwendung des § 47 VwGO zulässig, da keine Lücke im Gesetz vorliegt, sondern eine bewußte Nichtregelung des Landesgesetzgebers ¹⁾. Wenn dagegen das Bundesverwaltungsgericht ²⁾ meint, Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG gewährleiste den Rechtsweg nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozeßordnung, so verkennt es die übergeordnete Geltung der Verfassung ³⁾. Es verhält sich genau umgekehrt. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG ordnen den Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen an und es ist lediglich Sache des einfachen Gesetzgebers die Verfahrensgestaltung vorzunehmen. Wenn der Gesetzgeber diesem Verfassungsauftrag nicht nachkommt, muß er sich den Vorwurf gefallen lassen, in § 47 VwGO einen unzulässigen Rechtswegausschluß angeordnet zu haben ⁴⁾.

Diese kurze Skizze zeigt deutlich, daß eine Anwendung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden kann. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG fordert die Ergänzung der Verwaltungsgerichtsordnung in dem beschriebenen Umfang. Wenn allerdings von Engelhardt ⁵⁾ behauptet, Art. 19 Abs. 4 Satz 2 könne nicht den Wortlaut des § 47 VwGO "aus den Angeln heben", so ist dies einerseits richtig, aber andererseits mißverständlich. Richtig ist, daß § 47 VwGO nicht mit Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG kollidiert und insofern § 47 VwGO bestehen bleibt. Wenn damit aber gemeint ist, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 seinem Gehalt nach der gesetzgeberischen Anordnung in § 47 VwGO weichen muß, so würde die weitreichende Garantie des Satzes 2 verkannt werden. Da Satz 1 zur Anwendung kommt, greift Satz 2 nicht ein, und nicht weil der Wortlaut des § 47 VwGO entgegensteht.

1) a.a.O., S. 250 f.

2) BVerwG, DÖV 1965, 169; OVGE Münster, 23 (1970), 159 (162 f.) m.w.N.

3) Von Engelhardt, S. 245 f. m.w.N.

4) a.a.O., S. 252 ff.; Maurer, S. 295.

5) Von Engelhardt, S. 251.

2) Auf den Rechtsschutz gegen förmliche Normen ist schon eingegangen worden ¹⁾. Insoweit ist der Gesetzgeber seinem Verfassungsauftrag nachgekommen und Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG finden keine unmittelbare Anwendung.

VII. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG im Verhältnis zur formellen Justizverweigerung.

Aus Protest gegen den mancherorts bestehenden Richtermangel und die daraus herrührende Arbeitsüberlastung lehnt ein Gericht die Anberaumung von Terminen bis auf weiteres ab ²⁾.

Das Bundesverfassungsgericht ³⁾ hat in einer frühen Entscheidung angemerkt, "daß die formelle Justizverweigerung - z.B. durch Nichterledigung einer Sache - einen durch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verbotenen Fall darstellt". Diese Formulierung hat das Bundesverfassungsgericht, soweit dies ersichtlich ist, nicht mehr verwendet. Das verkennt auch Bettermann, wenn er meint ⁴⁾, daß hier der Ursprung einer (nicht begründeten) ständigen Rechtsprechung liegt. Vielmehr läßt das Bundesverfassungsgericht offen, ob es den bereits durch den Richter angenommenen oder den überhaupt nicht erst angenommenen Rechtsstreit meint. In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht entschieden ⁵⁾, daß der Entzug des gesetzlichen Richters auch durch richterliche Maßnahmen erfolgen kann, wenn diese willkürlich sind. Wie sich aus den einzelnen Erkenntnissen ergibt, hat das Gericht dabei an die Herausnahme von angenommenen Streitsachen aus dem geordneten

1) siehe oben § 3, II, 2, a, bb.

2) Der Fall ist dem "Spiegel" vom 23. April 1973 (Nr. 17, S. 49) entnommen.

3) BVerfGE 3, 359 (364).

4) Bettermann, AöR 94 (1969), 287.

5) BVerfGE 19, 38 (43); a.a.O., 23, 288 (320); a.a.O., 29, 198 (207); a.a.O., 29, 213 (219).

Geschäftsgang, an mutwillig versäumte Vorlagen, an zu langes Untätigbleiben und ähnliches gedacht ¹⁾.

Wird aber der Rechtsschutz an sich abgelehnt, so ist dies keine formelle Justizverweigerung und damit gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verboten, sondern ein Verstoß gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG will zwar die Untätigkeit des Richters in anhängigen Streitsachen unterbinden ²⁾, aber einen Rechtsanspruch auf Justizgewährung ist aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht abzuleiten ³⁾.

Durch die Erhebung der Verfassungsbeschwerde kann, wieder dem oben aufgeworfenen Fall zugewendet, der Untätigkeit des Richters begegnet werden. Das Grundrecht der Rechtsweggarantie wäre als verletzt zu rügen. Insoweit muß die Rechtspflege gegen die Rechtspflege mobilisiert werden, was im Wege der Verfassungsbeschwerde, wie gezeigt ⁴⁾, keine Schwierigkeiten macht. Allerdings müßte der Rechtsweg erschöpft werden. Da kein Urteil erging, ist zwar kein Rechtsmittel möglich, aber eine Beschwerde wäre, wenn sie als denkbar ⁵⁾ angesehen wird, vorher zu erheben ⁶⁾. Aus diesen Überlegungen wird aber deutlich, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG nicht eingreifen kann, da der ordentliche Rechtsweg gegenüber der Verfassungsbeschwerde absolut subsidiär ist ⁷⁾. Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt, wenn die Verletzung von richterlichen Maßnahmen herrührt, können, wenn ihnen nicht vorher abgeholfen

1) vgl.: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 101, Anm. 53.

2) Bettermann, AöR 94 (1969), 278; drs., Grundrechte, S. 559.

3) a.a.O.; Klein, JZ 1963, 592; Fischer, S. 38, Anm. 28; für das Recht der Weimarer Republik: Kern, Richter, S. 141, 214.

4) Siehe oben § 3, II, 2, a, cc.

5) Im Zivilprozeß wird eine Beschwerde analog § 216 ZPO gegen eine Terminablehnung gegeben (Zöller, § 567, Anm. II, 6).

6) Klein, JZ 1963, 591, zieht auch dienstaufsichtliche Maßnahmen, sowie eine Richterklage in Erwägung.

7) Siehe oben § 3.

wird, nur durch die Verfassungsbeschwerde angegriffen werden. Da die Verfassungsbeschwerde aber u.a. mit der Rechtsweggarantie zu begründen ist, zeigt sich, daß auch in diesem Fall Satz 1 Satz 2 unmittelbar überlagert.

VIII. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 im Verhältnis zu fremder Hoheitsgewalt.

1) In einem von einer Entnazifizierungsbehörde erlassenen Bescheid wurde dem A die Apothekenkonzession entzogen. Dagegen möchte er vorgehen, da er sich in seinen Rechten durch die öffentliche Gewalt verletzt fühlt.

Das OLG Köln und das OLG Hamburg haben ¹⁾ in dieser Sache, trotz gesetzlichen Rechtswegausschlusses die ordentlichen Gerichte gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG für zuständig erklärt.

Hier hätte zu Recht jedes Gericht seine sachliche Zuständigkeit verneint, da in der britischen Zone die §§ 22, 25 Abs. 1 Satz 2 MRVO 165 bestimmen, daß gegen Entscheidungen der Entnazifizierungsbehörden der Verwaltungsrechtsweg nicht offen steht. Die MRVO ist inzwischen durch § 195 Abs. 2 Ziff. 2 VwGO aufgehoben worden. Der Bundesgesetzgeber war durch die Überleitungsverträge mit den westlichen Besatzungsmächten hierzu ermächtigt worden ²⁾.

Bevor diese Feststellung getroffen werden kann, muß aber zunächst eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG in Erwägung gezogen werden. Die Prüfung des Art. 100 Abs. 1 GG ergibt, daß Rechtsnormen, die von den Besatzungsmächten verkündet worden sind, von den in Art. 100 Abs. 1 GG genannten Gerichten nicht überprüft werden können ³⁾. Aber nicht nur

1) OLG Köln, JZ 1952, 221; OLG Hamburg, DVBl. 1952, 696.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 79, Anm. 10.

3) BVerfGE 1, 10 (11); BVerfGE 3, 368 (376); BVerfGE 8, 99 (102).

von diesen, sondern ganz allgemein können deutsche Gerichte dieses Recht nicht auf die Vereinbarkeit mit dem GG prüfen. Bei der Konstituierung der Bundesrepublik blieb das unmittelbare Besatzungsrecht einfach bestehen. Das Besatzungsrecht war ohne Rücksicht auf die Vereinbarkeit mit dem GG (hier Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG) der neugeschaffenen Verfassung vorgeordnet ¹⁾. Danach blieb der Rechtsweg gegen die Entscheidung der Oberlandesgerichte verschlossen. Es liegt kein Fall des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG vor, da schon Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht gegeben ist ²⁾. Ebenso findet sich in Art. 139 GG der Ansatz für eine Verkürzung des Rechtsschutzes. Diese Vorschrift diente speziell den "Besatzern" zur "Befreiung des deutschen Volkes vom Nationalsozialismus und Militarismus" ³⁾.

2) Das Problem des Besatzungsrechtes mag als durch Zeitablauf überwunden gelten. Aber die so aufgefundene Problematik besteht weiter. Der Überprüfung und Unterwerfung der deutschen Gerichtsbarkeit können nur Akte unterliegen, an deren Entstehen die deutsche öffentliche Gewalt unmittelbar mitgewirkt hat.

Der Abschluß des EWG-Vertrages ⁴⁾, des Euratom-Vertrages ⁵⁾

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Anm. 11; drs., Art. 123, Anm. 4; Maunz-Sigloch, u.a., § 90, Anm. 73; Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 60; drs., § 42, Anm. 69; Kleinmann, NJW 1969, 356.

2) Ein Punkt, den Habscheid übersieht, a.a.O., S. 170.

3) Evers, Dürig-Evers, S. 60.

4) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 24, Anm. 8; Anm. 21 (cc); drs., Art. 100, Anm. 11; Maunz-Sigloch, u.a., § 90, Anm. 172; Leibholz-Rupprecht, § 90, Anm. 25; Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 59; drs., § 42, Anm. 73 ff.; Kleinmann, NJW 1969, 355 f.; Meier, NJW 1973, 922 f.; BVerfGE 22, 293 (296); BVerfGE 31, 145 ff.

5) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Anm. 11; Maunz-Sigloch, u.a., § 90, Anm. 173; Leibholz-Rupprecht, § 90, Anm. 25; Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 59; drs., § 42, Anm. 75.

und die Vereinbarungen zur Montan-Union ¹⁾ haben ein eigenständiges Gemeinschaftsrecht geschaffen, das, wie sich aus Art. 24 GG ergibt, dem Verfassungsrecht vorgeht. Vergleichbares gilt für das Recht der Deutschen Demokratischen Republik ²⁾, in Berliner Sachen ³⁾ und in kirchenrechtlichen Fragen ⁴⁾. In diesen Rechtskreisen fehlt es der deutschen Gerichtsbarkeit an der Kognitionsbefugnis.

Dagegen unterliegen der gerichtlichen Kontrolle deutscher Gerichte ins innerstaatliche Recht transferierte völkerrechtliche Verträge ⁵⁾ und von der deutschen Staatsgewalt gesetztes, aber aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht abgeleitetes Recht ⁶⁾. Hier gelten die gleichen Grundsätze, die auch auf das Besatzungsrecht anzuwenden waren. Ausführungsakte deutscher Stellen, die auf einer Rahmenkompetenz fußten, unterliegen der Gerichtskontrolle ⁷⁾, da sie durch einen innerdeutschen Willensakt entstanden waren.

Zusammengefaßt ist somit festzustellen, daß im Falle einer Rechtswegbeschränkung die schon aufgezeigten Grundsätze gelten. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 bleibt auch in soweit überdeckt.

-
- 1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Anm. 11; Maunz-Sigloch, u.a., § 90, Anm. 172; Leibholz-Rupprecht, § 90, Anm. 25; Eyermann-Fröhler, § 40, Anm. 59; drs., § 42, Anm. 73 f.
 - 2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 100, Anm. 11; Maunz-Sigloch, u.a., § 90, Anm. 175.
 - 3) Maunz-Sigloch, u.a., § 90, Anm. 174, 176; Kleinmann, NJW 1969, 356.
 - 4) Für innerkirchliche Maßnahmen: Hesse, S. 94 (S. 101 ff.); BVerfGE 18, 385 (387 ff.); Eyermann-Fröhler, § 42, Anm. 77-83; Schramm, § 62, B.
 - 5) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25, Anm. 28; Kleinmann, NJW 1969, 356; Eyermann-Fröhler, § 42, Anm. 72; BVerfGE 6, 290 (295).
 - 6) Leibholz-Rupprecht, § 90, Anm. 25; Kleinmann, NJW 1969, 356 f.; Meier, NJW 1973, 924 f.; BVerfGE 31, 145 ff.
 - 7) Eyermann-Fröhler, § 42, Anm. 70, m.w.N.

3. Teil

Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG

§ 7 Die Gewährleistung des gerichtlichen Rechtsschutzes

Die bisherigen Ausführungen zeigen, daß unter der Drohung¹⁾ des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG stets neue Möglichkeiten gefunden wurden, den Rechtsschutz der Gerichte zu vervollständigen. Die Behauptung Bettermanns, Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG enthalte nur eine Kompetenznorm¹⁾, ist auch nicht durch die geschichtliche Entwicklung zu beweisen. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG wirkte so konkret, daß das Verknüpfungsverhältnis zu Satz 1 eher enger als weiter wurde. Besonders der Umstand, daß im Falle einer zu schützenden Rechtsverletzung im Zweifel²⁾ Satz 2 anzuwenden ist, hat dieser Auffangnorm ihre Wirkung gegeben. Deshalb kann nicht die Auffangposition der ordentlichen Gerichte gestrichen und durch eine andere Gerichtsbarkeit ersetzt werden³⁾. Eine solche Änderung wäre mehr als nur eine Textänderung, da hier substantiell bewährtes Verfassungsrecht aufgehoben würde.

Nun muß es Aufsehen erregen, wenn Rupp beschwörend feststellt: ⁴⁾ "Während sich Rechtsprechung und Literatur beispielsweise um die Rechtsnatur und die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verkehrszeichen plagten, haben sie den Anschluß an die Entwicklung verpaßt." Der hergebrachte Rechtsschutz sei "machtlos und absolut ineffektiv", wenn es darum geht, Gerichtsschutz gegen "konzertierte Aktionen, Mittel der Globalsteuerung, der Haushalts-, Abgaben-, Notenbank-, Subven-

1) Bettermann, AöR 96 (1971), 531, Anm. 8.

2) Dies ist das Ergebnis des 2. Teils dieser Untersuchung.

3) So aber Arentz, S. 123.

4) H.H. Rupp, NJW 1973, 1770.

tions- oder Fiskalpolitik" zu erlangen. Ein solcher Hinweis verfehlt den Ansatz des individuellen Rechtsschutzes. Soll denn der einzelne Bürger beliebig in den Bereich des Parlaments oder der Regierung eingreifen können? Wo die Grenze zur Legislative liegt, wurde schon aufgezeigt ¹⁾. Den Gedanken, das Verfassungsrecht gebiete der Executive möglichst rechtsschutzfreundliche Formen für hoheitliche Maßnahmen zu wählen, hat das Bundesverfassungsgericht besonders mit einem Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG a.F. zurückgewiesen ²⁾. Indes soll nicht übersehen werden, daß hier einige Bedenken im Hinblick auf den Rechtsschutz mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde ausgeräumt wurden. Gerade in diesem Bereich hat aber Ridder ³⁾ eindringlich davor gewarnt, in diesen Schutz zu hohe Erwartungen zu setzen, da § 93a BVerfGG zulasse, mit einer recht formelhaften Wendung eine Verfassungsbeschwerde als offensichtlich unbegründet abzuweisen. Dem Richter muß hier Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG eine ernste Mahnung sein.

"Art. 19 Abs. 4 (Satz 1 und 2) GG verbietet einen Ausschluß und eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle, nicht dagegen eine Erweiterung" ⁴⁾. Aus dieser Feststellung läßt sich unschwer eine Bestandsgarantie für den Gerichtsschutz ableiten. Auf dieser Basis wird auch der Verfassungsauftrag des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG deutlich. Satz 2 fordert den Gesetzgeber auf, für einen umfassenden Rechtsschutz des Bürgers zu sorgen. Verfehlt der Gesetzgeber diesen Auftrag, so müssen die ordentlichen Gerichte allerdings auch noch nicht unmittelbar eingreifen. So würden die Gerichte im Falle, daß der Rechtsschutz partiell verkürzt wird, veranlaßt sein, adäquate

1) Vgl. oben § 6, IV.

2) BVerfGE 10, 89 (105).

3) Ridder, NJW 1972, 1685 ff. ("Operation Verfassungsbeschwerde").

4) BVerfGE 22, 106 (110).

Rechtswege aus den noch vorhandenen Rechtsschutznormen abzuleiten ¹⁾. Das gilt einmal für verwaltende Tätigkeit des Staates. Das gilt aber auch für die rechtsetzende und rechtssprechende Gewalt. Daß letztere in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG enthalten ist, wurde dargelegt ²⁾.

Würde zum Beispiel der Gesetzgeber die Verfassungsbeschwerde gegen Normen streichen, wie sie zur Zeit in den §§ 90 ff. BVerfGG ausgebildet ist, so muß aufgrund des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG wegen Satz 2 die Verfassungsbeschwerde gefolgert werden, weil sich ein Ansatz zur Verfassungsbeschwerde in Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG findet. Gäbe es den Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG nicht, so muß aus dem Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG selbst ein Verfahren entwickelt werden, was, wie vorher die Verfassungsbeschwerde geeignet ist, den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz zu erfüllen.

Dazu sind schon, als es die Bestimmung des Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG noch nicht gab, eine Reihe von Vorschlägen gemacht worden. Natürlich ist jetzt die Gestaltungsmöglichkeit auch größer. So entfällt jetzt die Notwendigkeit, sich auf Grundrechtsverletzungen durch Normen zu beschränken. Vielmehr können jetzt Verfahren entwickelt werden, die jeder Rechtsverletzung durch Normen begegnen können.

Dürig ³⁾ möchte durch Urteil feststellen, daß der Gesetzgebungsakt den Kläger in seinen Rechten verletzt und ihm gegenüber unwirksam sei. Zu diesem Vorschlag meint er, kommen zu sollen, da sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG keine allgemeine Befugnis ergäbe, die Nichtigkeit von Normen wie sonst im Normenkontrollverfahren festzustellen, noch eine Bindung in gleich liegenden Fällen eintreten kann.

1) Vgl. oben § 6.

2) Vgl. oben § 3.

3) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 18 (d, cc).

Bachof ¹⁾ möchte nicht durch Urteil feststellen, daß der Kläger in seinen Rechten verletzt ist, sondern er folgert aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG die Möglichkeit einer konkreten Feststellungsklage. Damit soll der Kläger feststellen lassen können, ob das durch die Norm begründete Rechtsverhältnis besteht oder nicht. Es genüge den Erfordernissen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG jede Rechtsschutzform. Von Fall zu Fall müsse eine Kasuistik herausgebildet werden.

Büsser ²⁾ meint, Bachofs Äußerungen ³⁾ entnehmen zu können, daß aus Art. 100 Abs. 1 GG wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG in extensiver bzw. analoger Anwendung das Modell einer prinzipialen Normenkontrolle abgeleitet werden kann. So müßte der angerufene Richter, wenn er eine Norm für verfassungswidrig hält, diese Frage zur Entscheidung dem Bundesverfassungsgericht vorlegen.

Renck ⁴⁾ greift einen Gedanken Bachofs ⁵⁾ auf und geht davon aus, daß zwischen Staatsbürger und Normgeber ein justitiables Rechtsverhältnis bestehe, und daher wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG ein Feststellungsverfahren in Gang zu setzen sei, das der Klärung dieses Verhältnisses inter partes dienen solle.

Obermayer ⁶⁾ leitet aus dem prozessualen Leitbild der Verfassung und dem Gleichheitssatz eine prinzipiale Normenkontrolle auf Antrag des Bürgers ab.

1) Bachof, AöR 86 (1961), 188 f.; Bad.-Württ. VGH, AöR 86 (1961), 95 ff.

2) Büsser, Diss. 1967, S. 18/19; Lorenz, DVBl. 1969, 145.

3) Bachof, AöR 86 (1961), 188.

4) Renck, DÖV 1964, 651 (655).

5) Bachof, AöR 86 (1961), 189, 2. Absatz, letzter Satz.

6) Obermayer, DVBl. 1965, 625 (632).

Bisher sind diese Ausführungen nur als Vorschläge zu werten, das mögliche Problem zu lösen. Noch ist die Rechtslage, die solche Vorschläge fordert, nicht eingetreten, da Art. 93 Abs. 1 Ziffer 4a GG gilt. Daraus ist, wie schon dargelegt ¹⁾, zu folgern, daß trotz aller Bemühungen der Gesetzgeber neben den eigentlichen Normenkontrollverfahren andere Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rechtsvorschriften nicht geben wollte. Der Gesetzgeber, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und Lerche sind einer Ansicht ²⁾, Normenkontrollverfahren ausdrücklich zu regeln. Diese Tendenz zeigte das Bundesverfassungsgericht ³⁾ schon vor E 24, 33 (44). So wollte es nicht den Kreis der Antragsberechtigten aus Art. 93 Abs. 1 Ziffer 2 GG über die Bundesregierung, die Landesregierung und ein Drittel der Bundestagsmitglieder erweitern. Eine Analogie aus Gründen des Sachbedürfnisses bezeichnete es als "vermeintlich". Entschied das Gericht anders, so überschritte es die der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Grundgesetz gezogenen Grenzen ⁴⁾. Somit muß im Augenblick festgestellt werden, daß nur alle Grundrechte und die ihnen gleichgestellten Rechte, sowie andere Normen der Verfassung mit letzter Verbindlichkeit nur von der höchsten Instanz, nämlich dem Bundesverfassungsgericht ausgelegt werden können. Diese Auslegung und Überprüfung erreicht der Bürger durch Einlegung der Verfassungsbeschwerde. Das bedeutet, daß die Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf den gebildeten Fall, soweit darin eine Grundrechtsverletzung durch eine Norm gerügt wird, das gegebene Rechtsschutzmittel ist.

Aber wenn alle einschlägigen Bestimmungen außer Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG gestrichen sind, kämen Erwägungen der be-

1) Siehe oben besonders § 3, II, 2.

2) Lerche, Klage, S. 81.

3) BVerfGE 21, 52 (53).

4) Ähnlich Lerche, Klage, S. 81; VerfGH Koblenz, NJW 1959, 1628.

schriebenen Art zum Zuge. Die Pflicht zur Rechtswegausgestaltung aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG kann nicht entfallen, weil die Sanktion des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG undurchführbar ist ¹⁾. Im Gegenteil: Die Rechtsschutzeinschränkung würde einen größeren Rechtsschutz nach sich ziehen können. Die prinzipielle Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG liegt gewissermaßen in seiner stillen Reserve, die bei der Liquidation des Rechtsschutzes den einmal gewährten Rechtsschutz garantiert. Auf diese Art genießen einmal eröffnete Rechtswege auch im Einzelfall einen gewissen Bestandsschutz ²⁾.

§ 8 Der gewährleistete gerichtliche Rechtsschutz aus der Sicht des verfassungsändernden Gesetzgebers

In Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG ist der Gerichtsschutz vom verfassungsändernden Gesetzgeber ausgeschlossen worden ³⁾. Dieser Rechtswegausschluß unterscheidet sich von den durch Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG getragenen Einschränkungen in den §§ 99 StPO, 12 Fernmeldegesetz, 121 Konkursordnung, 431 Abgabenordnung und 6 Abs. 7 Zollgesetz wesentlich. Bei Eingriffen aufgrund dieser Vorschriften ist der Betroffene vor oder alsbald nach Vollzug der Maßnahmen über diese zu unterrichten; er wird so in die Lage versetzt, Rechtsmittel zu ergreifen. Ganz anders dagegen verhält es sich mit der Ermächtigung an den Gesetzgeber in Satz 2. Dort wird die Nichtunterrichtung über die ergriffenen Maßnahmen und der Ausschluß des Rechtsweges

1) Henke, JZ 1969, 147.

2) Lorenz, S. 251.

3) "Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt."

zum Schutze einiger erschöpfend aufgezählter Gemeinwohlsgüter von besonders hohem Rang verfassungsrechtlich angeordnet.

Zusätzlich wird auf diesen Rechtswegausschluß in Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG hingewiesen. Ob allerdings Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG und die mehr deklaratorische ¹⁾ Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG verfassungswidrige Verfassungsnormen sind, ist an Art. 79 Abs. 2 und 3 GG zu messen. Grundsätzlich handelt es sich also zunächst um ein Auslegungsproblem des Art. 79 GG. Eine Verfassungsvorschrift darf nicht allein aus ihrem Wortlaut heraus isoliert ausgelegt werden, was eine enge Auslegung nicht hindert, wenn die Auslegung die Wertordnung der Gesamtverfassung nur sichtbar macht ²⁾. Die Postulate der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sind dabei die Leitlinien, die beachtet werden müssen ³⁾, wenn Verfassungsnormen verfassungskonform ausgelegt werden ⁴⁾. Dem Postulat der Gerechtigkeit zugewendet, besteht die Vermutung, daß weder der Verfassungsgeber noch der verfassungsändernde Gesetzgeber Normen der Willkür gesetzt hat ⁵⁾. Vorher kann der weite Ermächtigungsspielraum des Gesetzgebers im Hinblick auf die Art. 1; 19 Abs. 2; 79 Abs. 3 GG inhaltlich begrenzt werden. Sicherlich eine glückliche Lösung ⁶⁾, da sie geeignet ist, den Gesetzgeber weitgehend vor der Schelte des obersten Verfassungsgerichts zu bewahren.

Gerade bei der Auslegung des Art. 79 GG werden diese Grundsätze konsequent angewendet werden müssen, da hier unmittelbar der verfassungsändernde Gesetzgeber angesprochen wird.

1) Sie wurde aus "Gründen der Ehrlichkeit" geschaffen: Glückert, ZRP 1969, 177.

2) BVerfGE 30, 1 (19); 19, 206 (220).

3) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 95.

4) BVerfGE 30, 1 (24); Larenz, S. 318 f; Peter Schneider, Recht und Macht, S. 93, Anm. 88.

5) a.a.O., S. 75 f.

6) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1, Anm. 82 f.

Der Rechtswegausschluß in Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG wurde entsprechend Art. 79 Abs. 2 GG mit verfassungsändernder Mehrheit des Bundestages beschlossen ¹⁾. Damit ist eine wesentliche freiheitliche demokratische Schranke übersprungen worden.

Art. 79 Abs. 3 GG verbietet die Berührung der in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze. Wäre einer dieser Grundsätze die Rechtsweggarantie, so hätte der verfassungsändernde Gesetzgeber durch die Setzung des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG eine verfassungswidrige Verfassungsnorm geschaffen. Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG wird im Folgenden als *causa célèbre* genommen, Art. 79 Abs. 3 GG nach grammatikalischen (I), systematischen (II) und historischen Gesichtspunkten (III) zu entfalten, um schließlich die durch ihn geschützten Grundsätze in Art. 20 und Art. 1 GG auf ihr Verhältnis zu der Rechtsweggarantie zu untersuchen (IV).

I. Wenn auch der Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG nicht entscheidend ist, so kommt ihm doch eine erhebliche Bedeutung zu, wie die bisher geführte Diskussion zeigt. Wo der Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG, der die Unberührbarkeit der in den Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze anordnet, der Auslegung eine Grenze zieht, soll nun dargelegt werden.

Wer sich anschickt etwas zu berühren, wird weit davon entfernt sein, diesen Gegenstand auch beseitigen zu wollen. Selbst, wenn er aber die Berührung vornähme, um den Gegenstand zu beseitigen, wäre die Berührung der Beginn des Beseitigungsvorganges. Dieser Vorgang ist nicht Gegenstand des Berührungsverbotes ²⁾, welches Art. 79 Abs. 3 GG anordnet. Ge-

1) BVerfGE 30, 1 (29); Evers, Dürig-Evers, S. 41.

2) Evers, Dürig-Evers, S. 44; H. Schneider, S. 352; Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 188; Abweichende Meinung der Bundesverfassungsrichter Geller, von Schlabrendorff, H. Rupp, in BVerfGE 30, 1 (41 f.); Häberle, JZ 1971, 149 Anm. 61.

genstand des Berührungsverbotest ist, um im Bilde zu bleiben, das Vorfeld, die Annäherung. Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber den Wortlaut des Art. 79 Abs. 3 GG sprachlich modifizieren würde ¹⁾, so müßte er nicht notwendig den Gehalt der Vorschrift ändern. Indes muß schon insoweit dem verfassungsändernden Gesetzgeber Enthaltksamkeit empfohlen werden ²⁾.

Das Bundesverfassungsgericht ³⁾ dringt ⁴⁾ in den Raum zwischen Berührung und Beseitigung ein, wenn es Einschränkungen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG zuläßt; denn Art. 19 Abs. 2 GG sieht den Wesensgehalt eines Grundrechtes auch dann nicht als angetastet an, wenn es partiell keine Geltung mehr beanspruchen kann ⁵⁾. Damit ist aber Unvergleichbarkeit der Verfassungstexte evident.

Dürig ⁶⁾ wendet sich besonders eindringlich gegen eine "schlichte Wortlautinterpretation". Ihm kommt es schon hier auf die Gesamtsicht der Problematik an ⁷⁾. Nun wurde schon dargelegt ⁸⁾, daß auch bei der Auslegung von Verfassungsnormen der Wortlaut zunächst das Untersuchungsfeld absteckt. Das gilt auch für Art. 79 Abs. 3 GG. So betrachtet muß dem Begriff "niedergelegt" die volle Bedeutung belassen werden. Es gibt vom Text her keinen Anhaltspunkt "niedergelegt" als "sich ergebende Folgesätze" zu lesen ⁹⁾. Dem Wortlaut sollte auch in diesem Fall die limitierende Wirkung belassen blei-

1) Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 188 f.

2) a.a.O., S. 188.

3) BVerfGE 30, 1 (24).

4) Bettermann, AöR 96 (1971), 563; Häberle, JZ 1971, 150; Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 194, 196; H.H. Rupp, NJW 1971, 276.

5) Peter Schneider (Pressefreiheit, S. 129 ff. m.w.N.) zeigt dies am Beispiel des lebenslangen Freiheitsentzuges.

6) Dürig, Dürig-Evers, S. 19.

7) Dürig, Dürig-Evers, S. 14; Häberle, JZ 1971, 151; Hesse, AöR 98 (1973), 6; Abweichende Meinung in: BVerfGE 30, 1 (38 f.).

8) siehe auch oben § 3, I.

9) H. Schneider, S. 352; a.A.: Abweichende Meinung in: BVerfGE 30, 1 (39).

ben ¹⁾. Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichtes ²⁾ weist daher insoweit keine Abweichung von allgemein anerkannten Auslegungsregeln auf. Dies läßt den Schluß zu, daß die Auslegung die Grundsätze untersuchen muß, die in Art. 1 und 20 GG niedergelegt sind. Wäre einer der Grundsätze die Rechtsweggarantie, so könnte der verfassungsändernde Gesetzgeber diese Schranke nicht überwinden.

Zweifel an dieser Aussage sind insofern anzumelden, wenn dem Bundesverfassungsgericht ³⁾ gefolgt würde. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, daß Art. 79 Abs. 3 GG die prinzipielle Preisgabe der genannten Grundsätze verbiete. Indes läßt sich aus dem Wortlaut nichts für die Weichenstellung, ob die Grundsätze in Art. 79 Abs. 3 GG unabdingbare Prinzipien oder durch Ausnahmen bestätigte Regeln sind ⁴⁾, entnehmen. Das Problem ⁵⁾ des Regel-Ausnahmeverhältnis ist in Art. 79 Abs. 3 GG nicht angesprochen. Art. 79 Abs. 3 GG ordnet uneingeschränkt an, daß die genannten Grundsätze nicht berührt werden dürfen. Damit enthält Art. 79 Abs. 3 GG ein Verbot ⁶⁾ für den verfassungsändernden Gesetzgeber, eine Ausnahme von den Grundsätzen zuzulassen.

II. In systematischer Hinsicht seien kurz zwei Punkte gestreift, die im Zusammenhang mit der Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG zur Sprache kamen.

Erstens sei die Lehre vom *pouvoir constituant* erwähnt. Natürlich ist der Rechtswegausschluß in Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG

1) Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 200.

2) BVerfGE 30, 1 (24 f.).

3) BVerfGE 30, 1 (24).

4) Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 187.

5) dazu vgl. Peter Schneider, Pressefreiheit, S. 111 ff.

6) Dürig, Maunz-Festgabe, S. 43; Häberle, JZ 1971, 145;
Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 190.

oder ein zukünftiger Rechtswegausschluß kein Akt des pouvoir constituant, sondern ein Akt des pouvoir constitué. D.h. der Verfassungsgeber hat insoweit dem verfassungsändernden Gesetzgeber, jedenfalls nach dieser Lehre, keine unüberwindbaren Schranken gesetzt ¹⁾. Die Lehre vom pouvoir constituant sollte darüber hinaus aus zwei Gründen nicht in die Grundgesetzdiskussion eingebracht werden: Einmal ist es aus verfassungshistorischer Hinsicht durchaus zweifelhaft, ob der Parlamentarische Rat uneingeschränkt mit einem Volkssouverän im Sinne dieser Lehre gleichgesetzt werden kann ²⁾. Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht ³⁾ und ihm folgend die Lehre ⁴⁾ die Unfehlbarkeit des Verfassungsgebers nicht anerkannt, da sie es unter Umständen für denkbar halten, daß es vorkommen kann, daß originäre Verfassungsnormen verfassungswidrig sind. Es ist daher auch verfehlt, wenn in Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG das Verhältnis Verfassungsgeber zu verfassungsänderndem Gesetzgeber mit dem Verhältnis Gesetzgeber zu Verordnungsgeber gleichgesetzt wird ⁵⁾. In einem freiheitlich demokratischen Staatswesen verbietet es sich, den Volkswillen mit dem gerechten Willen zu identifizieren, ohne diesen einer kritischen Prüfung zu unterziehen ⁶⁾.

Zum zweiten soll die Theorie Wernickes ⁷⁾ von der "Kettenreaktion" des Art. 1 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG in Erinnerung gerufen werden. Ohne Wernicke zu erwähnen, hat Hans Schneider ⁸⁾ sie unter negativen Vorzeichen wieder in die Diskussion eingeführt. Er fordert, daß nicht nur Art.

1) Dürig, Maunz-Festschrift, S. 42; H.H. Rupp, NJW 1971, 275 f.

2) Schlink, Der Staat 1973, 89.

3) BVerfGE 3, 225 (233 f.).

4) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1, II, Anm. 82; Peter Schneider, Recht und Macht, S. 51 ff. (55); S. 93 ff.; Ehmke, AöR 79 (1953/1954), 398 f.

5) Alberts, JuS 1972, 321.

6) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 53 f.

7) Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 1, Anm. II, 5, b.

8) Hans Schneider, S. 353 f.

79 Abs. 3 GG "streng und unnachgiebig" ¹⁾ ausgelegt werden soll, sondern ebenfalls Art. 1 und Art. 20 GG. Andernfalls sei unvermeidbar, daß Art. 1 und Art. 20 GG in "voluntaristischer" Weise angereichert werde, mit der Folge, daß der Verfassungskern sich von Art. 1 bis Art. 20 GG erstreckt. Mit der h.M. kann dem zugestimmt werden, da schon der Wortlaut dafür ²⁾ spricht. Darüber hinaus führt sich Wernickes Theorie selbst ad absurdum ³⁾, da sich über Art. 20 Abs. 3 GG die gesamte Verfassung der Änderung entziehen würde und nicht nur die Art. 1 bis Art. 20 GG; denn Art. 20 Abs. 3 GG bindet den Gesetzgeber an die verfassungsmäßige Ordnung. Ein solches Ergebnis widerspricht aber Art. 79 Abs. 1 GG, der ausdrücklich die Änderung der Verfassung ermöglicht.

Bedenken muß aber Hans Schneiders Einwand insofern erwecken, als sich aus Art. 79 Abs. 3 GG nichts für eine "strenge und unnachgiebige" Auslegung entnehmen läßt. Das Gegenteil läßt sich vielmehr aus der Entstehungsgeschichte des Art. 79 Abs. 3 GG herleiten.

III. Es ist weithin nicht unbemerkt ⁴⁾ geblieben, daß in den Beratungen des Parlamentarischen Rates weder die "rechtsstaatliche Ordnung" als solche ⁵⁾, noch Art. 19 Abs. 2 oder Art. 19 Abs. 4 GG ⁶⁾ unter den Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG gestellt wurden. Der Parlamentarische Rat war sich im klaren darüber, daß ein "Ewigkeitsartikel" keine Revolutionen verhindern ⁷⁾, noch im Keim ersticken ⁸⁾ kann. Entgegen den Be-

1) Abweichende Meinung zu BVerfGE 30, 1 ff (47).

2) Maunz-Dürig, Herzog, Art. 79, Anm. 39.

3) Schlink, Der Staat 1973, 94.

4) Bettermann, AöR 96 (1971), 566 Anm. 71; Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 201 Anm. 70; Hesse, AöR 98 (1973), 5 Anm. 7; Schlink, Der Staat 1973, 94; Evers, Dürig-Evers, S. 44.

5) JöR 1 (1951), 585.

6) JöR 1 (1951), 586 f.

7) JöR 1 (1951), 584 ff.

8) so aber Alberts, JuS 1972, 321.

mühungen ¹⁾, Art. 79 Abs. 3 GG gar nicht zu kodifizieren, setzte sich die Auffassung durch, daß mit Art. 79 Abs. 3 GG wenigstens einer revolutionären Bewegung der Boden für die Behauptung des legalen Zustandekommens ihres Regimes entzogen wird ²⁾. Diese Entstehungsgeschichte des Art. 79 Abs. 3 GG spricht also eher für eine abwägende Auslegung auf der Grundlage des Verfassungstextes.

In diesem Zusammenhang ist der Hinweis ³⁾ bedeutsam, daß schon in den Beratungen davor gewarnt wurde, den Umkehrschluß zu akzeptieren, daß alle anderen Grundgesetzartikel geändert werden können, außer eben Art. 1 und Art. 20 GG. Damit ist der Ausgangspunkt für die Frage, ob die Rechtsweggarantie ein in Art. 1 oder Art. 20 GG enthaltener Grundsatz ist, gefunden.

IV. 1) Das Augenmerk soll daher zunächst der Auslegung des Art. 20 Abs. 2 GG, der das unantastbare Prinzip der Gewaltenteilung im Bonner Grundgesetz enthält, gelten.

Evers meint diesbezüglich herausgefunden zu haben, daß sich die Gewalt der Exekutive und der Legislative in Randbereichen überschneiden, daß dies aber nicht im Verhältnis zur dritten Gewalt, der Judikative gelte. Sollte also durch die Abhörregelung in den Bereich der Judikative eingegriffen worden sein, so wäre das ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, und damit wäre, so meint Evers ⁴⁾, der Rechtswegausschluß in Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG verfassungswidrig. Selbst wenn man dieser Argumentation folgen wollte, so muß festgestellt werden, daß die Voraussetzung nicht nachgewiesen

1) JöR 1 (1951), 585 f.

2) JöR 1 (1951), 586; BVerfGE 30, 1 (24); Maunz-Dürig-Herzog, Art. 79, Anm. 28.

3) JöR 1 (1951), 586.

4) Evers, in Dürig-Evers, S. 100 f. (102); 104 f. (107).

werden kann. An drei Beispielen soll nachgewiesen werden, daß die Judikative materielle Einschränkungen zugunsten anderer Gewalten hat hinnehmen müssen.

Art. 44 Abs. 4 GG war im GG die bisher einzige ausdrückliche Ausnahme von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG ¹⁾. Der Bericht eines Untersuchungsausschusses, der dem Bürger anlastet, er sei der Urheber einer Katastrophe in der Y-Stadt, weil er mangelhaftes Baumaterial geliefert hat, ist "gerichtsfrei" und das, obwohl der Bericht fraglos kreditgefährdend ist. Diesen Fall ²⁾ hat Evers übersehen, als er meinte ³⁾, Art. 44 Abs. 4 GG durchbreche nicht das Prinzip des lückenlosen Rechtsschutzes.

Ebenso wird das Prinzip des möglichst lückenlosen Rechtsschutzes auch noch an zwei anderen Stellen durchbrochen, nur eben weniger offensichtlich. Das sind einmal die Gnadenentscheidungen und zum anderen die Möglichkeit der gesetzlichen Enteignung.

Zu den Gnadenentscheidungen nur so viel ⁴⁾: Wenn das Bundesverfassungsgericht ⁵⁾ einerseits erläutert, es ergäbe sich aus dem Gesamtgefüge des Grundgesetzes, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG nicht gilt, aber ⁶⁾ andererseits den Widerruf eines Gnadenerweises der gerichtlichen Kontrolle unterstellt, so ist Evers zuzustimmen, wenn er meint, gerade im Hinblick auf das Institut der Gnade sei die materiell-rechtliche Lage

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 44 Anm. 63 f. (65).

2) a.a.O., Art. 44 Anm. 65.

3) Evers, Dürig-Evers, S. 60.

4) Zur Gesamtproblematik: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV Anm. 23 f. (27); Trautmann, MDR 1971, 173 ff.

5) BVerfGE 25, 352 (362); Kritik von Bernhardt, (ZRP 1970, 52) der wohl zu recht die Anmerkung macht, daß hier Nachwirkungen monarchischen Glanzes durchschimmern könnten. Zur BVerfGE ebenso sehr kritisch: Bettermann, AöR 96 (1971), 537 ff.

6) BVerfGE 30, 108 (111).

des Bürgers u.U. nicht hinreichend zu festigen ¹⁾. Das bedeutet nichts anderes, als daß eingeräumt wird, daß auch hier eine "normativ graue Zone" ²⁾, eine gerichtsfreie ³⁾ Zone besteht, die die Executive für sich beansprucht.

Zur Frage der Legalenteignung sei nur dies bemerkt: Oben wurde schon die Entscheidung des BVerfG 24, 33 (49) erwähnt. Die dort begonnene Rechtsprechung setzt das Gericht fort ⁴⁾:

"Wählt der Gesetzgeber an Stelle der Enteignung durch Verwaltungsakt die Enteignung durch Gesetz, so schließt er damit den nach Art. 19 Abs. 4 (1 und 2) GG garantierten Rechtsweg zu den zuständigen Gerichten aus, weil die Gesetzgebung nicht zur 'öffentlichen Gewalt' im Sinne dieser Verfassungsvorschrift gehört" ⁵⁾.

Mit diesen drei Beispielen ist verdeutlicht, daß aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung kein Gesichtspunkt zur Nichtigkeit gewonnen werden kann, da dieser Grundsatz zwar unantastbar ist, aber sich in einzelnen Ausformungen überschneidet ⁶⁾. Die Rechtsprechung ist einmal eingeschränkt durch die Legislative in Art. 44 Abs. 4 GG und durch die Legalenteignung ⁷⁾. Zum weiteren ist die Rechtsprechung eingeschränkt durch die Exekutive, wie dies am Beispiel der Gnadensachen

1) Evers, Dürig-Evers, S. 61.

2) Formulierung in anderem Zusammenhang von Dürig, Evers-Dürig, S. 26.

3) a.A. Eyermann-Fröhler, § 42 Anm. 37, 37a mit weiteren Nachweisen.

4) BVerfGE 24, 367 (401).

5) Dieser Auffassung wird, wie dargelegt, nur bedingt gefolgt, a.a.O. § 3; ebenso verneinend Bettermann 96 (1971) 534 ff.

6) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 171 f.; Trautmann, MDR 1971, 174; Reinschmidt, ZRP 1972, 162.

7) Die VB ist allerdings zulässig, da, wie Maurer dargelegt hat, gerichtsfrei, jedenfalls nicht verfassungsbeschwerdefrei bedeutet, Diss. Mainz 1953, S. 19.

nachgewiesen wurde ¹⁾. Der Kernbereich der rechtsprechenden Gewalt ist erst dann angetastet, wenn die traditionellen Aufgaben der Rechtsprechung ²⁾, als so gesehen typische Aufgaben, an andere Gewalten delegiert werden. Es konnte gar nicht gelingen, hier schon - gewissermaßen im Vorfeld - eine unberührte Grenze aufzuzeigen, da dem Grundsatz der Gewaltenteilung der Gedanke der kritischen Vertrauenshaltung ³⁾ der einzelnen Gewalten zueinander innewohnt. Durch diese Beziehung zueinander wird ein allgemeines Gleichgewicht im Staate geschaffen: ein Gewaltengleichgewicht.

2) Art. 20 Abs. 3 GG bindet die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht. Daraus läßt sich ableiten, daß alles staatliche Verwaltungshandeln einer Rechtskontrolle unterliegen muß. Diese Ableitung möchte Schlink ⁴⁾ durch die Tatsache untermauern, daß dieses Prinzip der Gesetzmäßigkeit im Laufe der Geschichte entstanden ist, um die Bindung der vollziehenden Gewalt an das Gesetz durchzusetzen. Der so verstandene Grundsatz der Gesetzmäßigkeit nahm seinen Anfang bei der Verwaltung der absolutistischen Landesherren ⁵⁾, festigte sich in der Rechtsprechung des Preussischen OVG ⁶⁾ und in den Lehren

1) Dieser Fall ist nicht mit den sogenannten "Regierungsakten" gleichzusetzen. Dazu grundlegend Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 24; im gegebenen Zusammenhang, Evers, Dürig-Evers, S. 92 f., mit weiteren Hinweisen.

2) BVerfGE 22, 49 (77). Als solche sieht das Gericht lediglich die bürgerliche Rechtspflege und die Strafgerichtsbarkeit an.

3) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 171 f. (184); Hans Schneider, S. 353.

4) Schlink, Der Staat 1973, 98.

5) a.a.O., S. 99.

6) a.a.O., S. 99.

von Mittermaier ¹⁾, Bähr ²⁾, K.J. Schmitt ³⁾, Lorenz von Stein ⁴⁾ und R. Thoma ⁵⁾. Diese Entwicklung, daß nämlich Gesetzmäßigkeit und gerichtliche Rechtskontrolle in dem Begriff des Rechtes zusammenzusehen sind, wurde lediglich von der nationalsozialistischen Diktatur ⁶⁾ unterbrochen. In das Grundgesetz, so meint Schlink, ist aber der geschichtlich gewachsene Begriff des Rechtes ungeschmälert eingegangen. Die Zusammengehörigkeit von Gesetzmäßigkeit und gerichtlicher Rechtskontrolle ist auch nicht durch das GG aufgehoben worden. Etwa dergestalt, daß in Art. 20 Abs. 3 GG der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG die gerichtliche Kontrolle normiert worden sei. Schlink sieht in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG nur eine besondere Ausgestaltung des Gerichtsschutzes, den Art. 20 Abs. 3 GG enthält ⁷⁾. Diese Schwäche in der Gedankenführung wirft Hans Schneider ⁸⁾ auch den abweichenden Richtern vor, die Art. 20 Abs. 2 GG statt Art. 20 Abs. 3 GG als Ausgangspunkt wählen. Diese Auslegung führt dazu, Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG als aufhebbar erscheinen zu lassen, da ohnehin der Rechtsschutz in Art. 20 GG verankert ist und damit den Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG genießt.

-
- 1) a.a.O., S. 100 mit Hinweis auf: K.J. Mittermaier, "Über das Verhältnis der Justiz zu den Verwaltungsachen", "über Administrativjustiz und Kompetenzconflikte", AcP 21 (1838), 254 ff.; AcP 22 (1839), 47 ff.
 - 2) a.a.O., S. 100 mit Hinweis auf: O. Bähr, "Der Rechtsstaat", 1864.
 - 3) a.a.O., S. 100 mit Hinweis auf: K.J. Schmitt, "Die Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege im constitutionell-monarchischen Staate", 1878.
 - 4) a.a.O., S. 100 mit Hinweis auf: Lorenz von Stein, "Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege", Grünhuts Zeitschrift VI (1879).
 - 5) a.a.O., S. 101 mit Hinweis auf: R. Thoma, "Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft", JöR IV (1910), 196 ff.
 - 6) a.a.O., S. 101.
 - 7) a.a.O., S. 102, Anm. 50.
 - 8) Hans Schneider, S. 353; Bettermann, AöR 96 (1971), 654.

Unabweisbar ist, daß der aufgezeigte, geschichtlich gewachsene, weite Rechtsbegriff im Grundgesetz Eingang fand. Das darf aber nicht die andere Tatsache verdecken, daß der Verfassungsgeber die Rechtsweggarantie in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG nicht unter den Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG stellen wollte. Es muß aber bedenklich erscheinen, hier die Untersuchung mit dem Hinweis auf die normative Verbindlichkeit ¹⁾ abzuschließen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat das nicht getan, sondern es hat ²⁾ eine "gleichwertige Rechtskontrolle" verlangt. An dieser Stelle tauchen für die Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG die Schwierigkeiten auf, die u.a. dazu veranlaßten, dem Bundesverfassungsgericht die Entscheidung darüber zu belassen, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber seine Grenzen überschritten habe, um dann konsequenterweise, den Rechtswegausschluß zu akzeptieren ³⁾, da dies das Bundesverfassungsgericht für rechtmäßig erkannte ⁴⁾. Dieses Auslegungsergebnis weist in eine Richtung, die noch untersucht werden muß. Doch vor dieser Untersuchung soll das Feld des Art. 20 Abs. 3 GG noch weiter abgesteckt werden, um weitere Auslegungskriterien zu gewinnen.

Dürig hat einen Katalog von Bedingungen vorgelegt, deren Erfüllung eine der Gerichtskontrolle "gleichwertige Rechtskontrolle" gewährleistet und so dem Prinzip des Art. 20 Abs. 3 GG Rechnung trägt ⁵⁾:

"1. Dem Bürger muß, wenn in seine subjektiven Rechte eingegriffen wird, immer (wenn auch nachträglich) rechtliches Gehör gewährt werden.

1) Hesse, AöR 98 (1973), 6; Bettermann, AöR 96 (1971), 566.

2) BVerfGE 30, 1 (27).

3) Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 194 f.

4) BVerfGE 30, 1 ff.

5) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 IV, Anm. 4; Art. 20, Anm. 92; Art. 79, Anm. 42, Fußnote 1; Dürig, Dürig-Evers, S. 19.

2. Der Bürger muß die Möglichkeit haben, gegen diese Eingriffe überhaupt 'Rechtsschutz' zu erhalten.
3. Dieser Rechtsschutz setzt ein 'kontrollfähiges' Organ voraus."

Diese Darlegungen lassen eigentlich nur die Frage zu, welches Organ, außer der Einrichtungen der Gerichte, diesen Ansprüchen gerecht werden kann ¹⁾. Daß diesen Ansprüchen weder Organe noch Hilfsorgane, die von der Volksvertretung bestellt wurden, genügen, hat Dürig ²⁾ nachdrücklich an dem Umstand nachgewiesen, daß das Kontrollorgan nur zufällig anrufbar ist, also gar nicht dem individuellen Rechtsschutz dienen soll. Darüber hinaus fehlt diesen Organen auch die Unabhängigkeit gegenüber dem Parlament, da die Organe vom Parlament abhängig sind ³⁾. Die konkrete Frage, ob der Gerichtsschutz des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG von Art. 79 Abs. 3 GG über Art. 20 Abs. 3 GG miteinbezogen ist, läßt sich auf diese Weise nicht eindeutig beantworten.

Eine weitere Auslegungshilfe kann das Völkerrecht insofern anbieten, als über Art. 25 GG eine Beziehung zum Verfassungsrecht hergestellt ist, die es gebietet, völkerrechtsfeindliche Normen völkerrechtsfreundlich zu interpretieren ⁴⁾. Sicherlich ist die Feststellung ⁵⁾ richtig, daß die Bundesrepublik Deutschland neben den Niederlanden die völkerrechtsfreundlichste Verfassung hat. So ist der Interpret innerstaatlichen Verfassungsrechtes aufgefordert, den internationalen Verfassungsstandard daraufhin zu prüfen, ob sich für seine Problemstellung ein Hinweis ergibt. Es hat sich international ein Standard gebildet, der als Bestand von Gerech-

1) Peter Schneider, Pressefreiheit, S. 116, Anm. 255.

2) Dürig, Dürig-Evers, S. 20 f.; Schlink, Der Staat 1972, 107.

3) Evers, Dürig-Evers, S. 75 f.; Schlink, Der Staat 1972, 106.

4) Berber, S. 102.

5) Berber, S. 105.

tigkeitsnormen angesprochen werden muß ¹⁾, die damit Regeln des Völkerrechts wurden ²⁾ und über Art. 25 GG direkt bundesstaatliches Recht sind ³⁾; Recht also, was nicht Verfassungsrang hat ⁴⁾, doch aber Bundesrecht vorgeht ⁵⁾. Im Konfliktfall wäre zwar demnach das Ausführungsgesetz zu Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG ⁶⁾ angreifbar, aber Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG selbst müßte lediglich völkerrechtsfreundlich interpretiert werden ⁷⁾. Äußerstenfalls kann das Bundesverfassungsgericht die Feststellung treffen, daß das Völkerrecht den betreffenden Artikel als Unrecht ausweist. Daraus wäre lediglich der allgemein zu wertende Schluß zulässig, daß diese Norm des Geltungsgrundes entbehrt ⁸⁾. Indes: Es gibt keine allgemeine Regel des Völkerrechts, die den Ausschluß des Rechtsweges in diesem Zusammenhang verdammt ⁹⁾. Danach ist auch auf diese Weise kein Anhalt zu finden, der die Auslegung ein Stück weiter führte. Ein Ansatzpunkt für eine gültige Auslegung kam nicht in Sicht und so bleiben Zweifel bestehen.

Diese Zweifel können auch nicht durch Rechtsvergleichung behoben werden, da sich daraus nur Forderungen de lege ferenda ableiten ließen. Im Übrigen wird auch nur schwer ein Staat aufgefunden werden können, der im Hinblick auf Rechtsschutzmöglichkeiten die Bundesrepublik Deutschland übertrifft ¹⁰⁾.

1) Peter Schneider, Die Grenzen des Naturrechtes, S. 450/451.

2) Berber, S. 99; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25 Anm. 16; 19.

3) Berber, S. 100; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25 Anm. 21.

4) Berber, S. 100; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25 Anm. 23.

5) Berber, S. 100; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 25 Anm. 25.

6) BGBI. I S. 949 aus 1968.

7) Berber, S. 102.

8) Peter Schneider, Die Grenzen des Naturrechtes, S. 451.

9) vgl. dazu: Berber, S. 70 f.

10) Dürig-Evers, S. 26 f.; 62 ff.; Hans Schneider, S. 355 m.w.N.

3) Nach diesem Blick auf Art. 20 GG soll, um Art. 1 GG zu untersuchen, die Frage nach dem Prinzip der Menschenwürde gestellt werden, die ebenfalls an dem Bestandsschutz des Art. 79 Abs. 3 GG teilnimmt.

Die treffende Formulierung von Dürig¹⁾ scheint überraschend sicher auf den Rechtswegausschluß zuzutreffen. Die Würde des Menschen ist verletzt, wenn der Grundrechtsträger mit allen Mühen nichts mehr tun kann, was zu einer Gewährung des Grundrechts führt; wenn also der Mensch vom Subjekt zum Objekt staatlichen Handelns degradiert wird²⁾. Wird der Rechtsweg ausgeschlossen, so kann, wenn der Betroffene obendrein von der anderweitigen Grundrechtsverletzung nichts erfährt³⁾, der Einzelne der Verletzung nichts mehr entgegensetzen. Trotzdem ist es recht schwierig, im Einzelfall die Verletzung zu bejahen⁴⁾. Das gilt hier besonders deshalb, da die Grundsätze des Art. 1 GG von Art. 79 Abs. 3 GG her gesehen werden müssen.

Dürig hat immer wieder darauf abgehoben, daß jedes Grundrecht mit Art. 1 GG ausgefüllt werden muß. Das heißt, die Menschenwürde entspricht dem unabdingbaren Wesensgehalt der Grundrechte⁵⁾. Es ist daher nur konsequent, wenn Dürig Art. 19

1) Dürig, AöR 81 (1956), 136.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1, I, Anm. 34.

3) Zum Ausschluß des rechtlichen Gehörs: Dürig, Dürig-Evers, S. 14 ff. mit weiteren Nachweisen; Evers, in Dürig-Evers, S. 40; Hall, JZ 1968, 164 ff.; ZRP 1970, 146; BVerfGE 30, 1 ff. Zu den Fragen, die das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis vom 13.8.1968 (BGBl. I, S. 949) aufwirft, siehe: aus strafprozessualer Sicht Kaiser, NJW 1969, 18 ff.; Hall, JZ 1968, 164; Zuck, NJW 1969, 911 f.; Glückert, ZRP 1969, 177; BVerfGE 30, 1 ff.

4) Häberle, JZ 1971, 151; Dürig, Maunz-Festschrift, S. 44 f.; BVerfGE 30, 1 (25).

5) Dürig, AöR 81 (1956), 118 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1, II, Anm. 73 ff.

Abs. 2 GG ebenfalls unter den Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG stellt ¹⁾. Unter Berufung auf Roellecke kann daher Dürig feststellen, daß es gegen den Menschenwürdegehalt eines jeden Grundrechtes verstößt, wenn der Betroffene nicht gegen die Grundrechtseinschränkung das Gericht anrufen kann ²⁾.

Roellecke hat den Begriff des "positiven Gesetzes" untersucht und dann sein Ergebnis auf den Gesetzesbegriffes des Grundgesetzes bezogen. Roellecke sieht das Gesetz als ein offenes Verfahren ³⁾. Daher war er genötigt, auch zu Art. 79 Abs. 3 GG Stellung zu nehmen, da dieser eine Veränderung der Grundsätze in Art. 1 GG in jedem Verfahren untersagt. Diese Hürde nimmt Roellecke dadurch, daß er Art. 79 Abs. 3 GG als Bekenntnis des Staates "Bundesrepublik Deutschland" zu sich selbst auslegt ⁴⁾. Wird Art. 79 Abs. 3 GG nicht beachtet, so wird damit die bestehende staatliche Kontinuität unterbrochen. Es ist ein anderer Staat entstanden. Auf diese Weise kann er nachweisen, daß auch Art. 79 Abs. 3 GG nur vom offenen System her zu begreifen ist. Da dieses "offene Verfahren" keine Werte voraussetzt ⁵⁾, kann notwendig auch der Begriff der Menschenwürde keinen materiellen Inhalt haben. Im Gegenteil, er muß ständig wandelbar sein. "Die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG besteht also in dem, was sich jeder Einzelne in concreto unter seiner Würde vorstellt, und in seiner Chance, diese Vorstellung in einem offenen Verfahren durchzusetzen." ⁶⁾ "Das offene Verfahren allein eröffnet die reale Möglichkeit, daß der Gesetzgeber nicht selbst darüber entscheidet, was zum Wesensgehalt der einzelnen Grundrechte gehört und was nicht, es bietet die einzige Garantie, die

1) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 79, Anm. 42; drs., Art. 1, I, Anm. 11, 15, 46.

2) Dürig, Maunz-Festschrift, S. 49.

3) Roellecke, S. 278 ff.

4) a.a.O., S. 300.

5) a.a.O., S. 288.

4) a.a.O., S. 301.

Grundrechte faktisch durchzusetzen." 1)

Es fällt schwer anzunehmen, daß Dürig sich diese Argumentation zu eigen machen wollte. Jedenfalls folgt Roellecke nicht Dürig im Hinblick auf die Bestimmung der Menschenwürde, da dieser versucht, diese materiell zu bestimmen 2). Sicherlich, Dürig versucht den Begriff der Menschenwürde begreifbar zu machen, und es ist Roellecke zuzustimmen, daß dann die Gefahr heraufbeschworen wird, in den Sog der Relativierung zu geraten; dem ausgeliefert zu werden, der die Macht hat, die Maßstäbe zu setzen 3). Nur hat Roellecke bei seinem Ansatz die Grenzen des Grundgesetzes verlassen. Mag sein Gesetzesbegriff auch für jeden Gesetzgeber tauglich sein, die Folgerungen, die er daraus für die Auslegung des Grundgesetzes zieht, stehen nicht mehr auf dem Boden eben dieser Ordnung. Das zeigte sich deutlich bei dem Verständnis des Art. 79 Abs. 3 GG. Dem Interpreten, der die Frage zu beantworten hat, ob es zum Gehalt der Menschenwürde des Art. 1 GG gehört, diese gerichtlich durchzusetzen, nützt die Eröffnung wenig, er könne im Zweifel in eine andere Verfassung ausweichen. Diese Antwort besagt lediglich, daß weder der Verfassungsgeber, noch der verfassungsändernde Gesetzgeber endgültige Grenzen setzen kann. Dies ist aber ein Ergebnis, das, soweit ersichtlich, niemand bestreitet. Für die Bewahrung der gewollten Ordnung ist es belanglos zu erfahren, es könne auch in einem anderen Staat Recht geben, wenn es gerade darauf ankommt, eine Qualitätsbewahrung der ursprünglichen Verfassung sicherzustellen 4). Die von Roellecke sorgfältig herausgearbeitete Dialektik des Gesetzesbegriffes hat den Widerspruch der Werte

1) a.a.O., S. 297.

2) a.a.O., S. 296 f.

3) a.a.O., S. 297.

4) Dürig, Maunz-Festschrift, S. 43; Maunz, Fundamentalsätze, S. 27 ff.

aufgesogen ¹⁾. Das Grundgesetz ist aber nicht, wie schon eingangs erwähnt, wertneutral.

Aber auch Dürigs Ansatz erweckt Bedenken, da der Verfassungsgeber die Klammer des Art. 19 Abs. 2 GG nicht unter den Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG stellen wollte ²⁾.

4) Die Ausführungen zu Art. 20 und Art. 1 GG haben deutlich werden lassen, daß die Diskussion um den Rechtswegausschluß eigentlich recht abstrakt geblieben ist. Die auf der Höhe der abstrakten Begriffsbildungen geführten Auseinandersetzungen haben nicht die bestehenden Zweifel beseitigen können. Damit tritt der Zweifelsfall ein, den Peter Schneider mit dem Prinzip "in dubio pro libertate" zur Entscheidung bringen will ³⁾. Die Vermutung für die individuelle Freiheit des Menschen ist eine direkte Auswirkung des in Art. 1 GG ⁴⁾ gesicherten Grundsatzes der Menschenwürde. Damit kommt aber auch wieder der Gegenpol, nämlich die Gemeinschaft, in die die Freiheit eingebunden ist, in Sicht.

a) Die gesamte Diskussion um den Rechtswegausschluß setzt an einem Punkte ein, der das Problem außer Frage stellt, ob hier schon Notstandsrecht oder noch die verfassungsrechtliche Normallage die Szene beherrscht. Gewiß, es ist durchaus im Einklang mit der Verfassung, wenn festgestellt wird, daß der Rechtswegausschluß für die verfassungsrechtliche Normallage

1) Roellecke, S. 289 (277).

2) JöR, 1 (1951), S. 587.

3) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 61 ff. (96).

4) Maunz-Dürig-Herzog, (Art. 1, I, Anm. 15) sprechen von einer "Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen"; "einer Freiheit als solcher", die in Art. 79 III GG abgesichert ist, und zwar besteht die Ausgangsvermutung "im zeitlosen Spannungsverhältnis Individuum-Staat"; Peter Schneider, Pressefreiheit, S. 129; Allg. zu der Formel in ihrem Bezug: Peter Schneider, Recht und Macht, S. 238 ff.

gedacht ist ¹⁾. Dabei gerät aber nur allzu schnell die an sich gegebene Grenzsituation außer Sicht.

Mannigfaltigen Empfehlungen folgend ²⁾, wurde in Art. 115 a GG das Normalrecht vom Notstandsrecht geschieden. Der Notstand bedarf grundsätzlich der Feststellung. Aber schon in Art. 115 a Abs. 4 GG findet sich eine Ausnahme für den Fall eines Überraschenden bewaffneten Angriffes einer fremden Macht auf das Gebiet der Bundesrepublik. In diesem Augenblick gilt der Verteidigungsfall als festgestellt. Angelpunkt ist demnach, wann ein bewaffneter militärischer Angriff eines äußeren Gegners vorliegt. Ist nicht dann schon der eingeschleuste bewaffnete Agent ³⁾, Spion oder gar ein Sabotage-trupp nicht als Voraussetzung geeignet, den Verteidigungsfall anzunehmen? ⁴⁾ Kann hier wirklich vom "rechtlichen Alltag" geschrieben werden? ⁵⁾ Es soll durchaus eingeräumt werden, daß der Ausschluß des Rechtsweges ein "Jedermannsproblem" ist ⁶⁾, aber es erscheint unerlässlich, zu den aufgeworfenen Fragen Stellung zu nehmen und nach einer Möglichkeit Ausschau zu halten, das scheinbar Gegensätzliche zu koordinieren.

Der Staat befindet sich in Not, wenn seine Existenz von innen u.a. durch Bürgerkrieg, oder von außen u.a. durch Krieg be-

1) Dürig, ZRP 1969, 179; in Dürig-Evers, S. 10; Hall, 1970, 146; Abweichende Meinung der Bundesverfassungsrichter zu BVerfGE 30, 1 (33); Geller, v. Schlabrendorff, H. Rupp.

2) Siehe u.a. Peter Schneider, Notstandsrecht, Spalte 1375.

3) Es sei hier an den Staschynskyfall erinnert. Dort hielt der BGH (St 18, 87 ff.) dem mordenden Attentäter zugute, er habe nicht aus "eigenem Interesse" ..., sondern er habe sich "der Autorität seiner politischen Führung ... unterworfen" und deshalb "wider sein Gewissen" gemordet.

4) Im Ergebnis verneinend: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 115 a Anm. 26; siehe auch zum Problem des Senders Gleiwitz, dessen Zerstörung zur Auslösung des Zweiten Weltkrieges "genutzt" wurde, Maunz-Dürig-Herzog, Art. 115 a, Anm. 29.

5) Dürig, Dürig-Evers, S. 13.

6) Hall, ZRP 1970, 146, mit weiteren Hinweisen.

droht ist. In beiden Fällen erscheint eine Konzentration aller Kräfte als notwendige Voraussetzung dafür, durch so gesteigerte Aktivität, die Notlage zum Besseren zu wenden ¹⁾. Der Rechtswegausschluß gilt in einem Staat, wo die Rechtsordnung als machtbeschränkender Faktor in Gestalt beschränkter, sich gegenseitig beschränkender Kompetenzen, und in Gestalt von materiellen, von Gerechtigkeitsvorstellungen bestimmten, allgemeinverbindlichen, objektiven Normen gestaltet wird. Praktisch bedeutet dies, das Problem des Verhältnisses zwischen Rechtsordnung als Normalordnung und Notstandsrecht als Ausnahmeordnung zu erläutern. Staatsnotstand kann, um es gleich vorweg zu nehmen, in einem Verfassungsstaat nur ein Verfassungszustand sein und nicht etwa ein Zustand der Verfassungslosigkeit. Auch im Notstand bleibt der Staat Rechtsstaat ²⁾. Es gilt eben nicht mit C. Schmitt dafür zuhalten, daß die Souveränität der bürgerlichen Freiheit den Normalzustand regiert, während die Souveränität des Staates im Ausnahmezustand aktuell wird. Mit der Entscheidung zur Freiheit ist dem Leviathan ein enges Netz von Rechtspflichten über den Kopf geworfen, die die Voraussetzungen des Ausnahmezustandes möglichst exakt zu bestimmen suchen. Es muß verhindert werden, daß die staatliche Allmacht mittels des Ausnahmezustandes sich neuerlich und endgültig im Sinne des Absolutismus als Höchstinstanz etabliert. So gesehen kann dem Bürger nur daran liegen, die Entscheidungen über den Grenzfall in die eigenen Hände zu bekommen; also in die des Parlaments ³⁾. Insofern erscheint die Wendung, "daß an Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt", ein begrüßenswerter Ansatz. Aber ob dies hier zulässig war, d.h. unerläßlich war, das bedarf der Analyse.

1) Peter Schneider, Notstandsrecht, Spalte 1374.

2) Bettermann, Notstandsentwürfe, S. 191; Peter Schneider, Macht und Recht, S. 59; Ehmke, AöR 79 (1953), 407.

3) Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm, S. 111, 113; Für den Individuellen Rechtsschutz wird dies verneint: Lorenz, S. 172 f.

Wer nicht die Identität bzw. Identifizierung von Recht und Macht ¹⁾, noch die Antinomie zwischen Recht und Macht ²⁾ bejaht, sondern die Spannung des dialektischen Verhältnisses zwischen Recht und Macht in freiheitlicher Sphäre löst ³⁾, der weiß, daß das Problem der Machtbegrenzung unlösbar mit Wertungsproblemen verknüpft ist ⁴⁾. Die Staatsmacht könnte

-
- 1) Dazu Peter Schneider, Recht und Macht, S. 28 f., der nicht nur die Wurzeln dazu bei J.J. Rousseau bloßlegt, sondern den Gedanken weiter bis zu den Quellen des kommunistisch/sowjetischen Gedankengutes verfolgt und es nicht unterläßt, auf gleichgestimmtes Gedankengut der christlichen Theokratie hinzuweisen. So wird gezeigt, daß weder eine grenzenlose Zuständigkeit Hobb'scher Prägung, noch der Staat als "sittliche Anstalt" eine Kautel gegen Machtmißbrauch bietet.
 - 2) Hierzu Peter Schneider, Recht und Macht, S. 36 f. "Unter dem Aspekt der Antinomie erscheint das Verhältnis zwischen Recht und Macht dem Betrachter als unproblematisch, weil er aus methodischen Erwägungen (gemeint ist vornehmlich Kelsens "Reine Rechtslehre" 2. Auflage, Wien 1960), eins vom anderen völlig isoliert" ... diese "Art Machtblindheit ... hat nicht selten eine Tendenz zur Machtentfesselung" (S. 40).
 - 3) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 39 f., S. 88; S. 268. In Anlehnung an Kant hat Schneider das Postulat der Freiheit, um eine Formulierung herauszugreifen, so erklärt: "Ob der Mensch frei, das heißt in der Lage ist, sich selbst zu bestimmen, und ob er in Achtung des anderen Menschen sich verhält, kann im Sinne der theoretischen Erkenntnis nicht ausgemittelt werden. Die Annahme, daß er es ist, entspringt einem Sollen, einem Postulat der praktischen Vernunft, einem solchen, dessen Denknötwendigkeit sich daraus erhellt, daß mit ihm die Möglichkeit, den Menschen als geistiges Wesen zu erfassen, steht und fällt" (S. 88 a.a.O.). Von hier aus wird die Forderung, "in dubio pro libertate" einsichtig (S. 238 a.a.O.) und der Umstand, auch die Verfassung in Zweifelsfällen dementsprechend ausulegen (a.a.O., S. 61 f. (96)). Wenn der "Konsens aller vernünftig und gerecht Denkenden" der letzt gültige Bezugspunkt sein soll, so ist Larenz (S. 146) zuzustimmen, wenn er meint, wenn schon keine psychologische Meinungsforschung gemeint ist, doch fraglich ist, ob denn ein solcher Konsens je vorhanden sein kann, wenn z.B. Ehmke (in VVDStRL Heft 20 (1962), 71 und 131) dem Interpretationsgrundsatz "in dubio pro libertate" entgegenhält, er betone in der dialektischen Einheit von Freiheit und Ordnung einseitig das Moment der Freiheit. Der Schritt zur Identität von Recht und Macht ist dann nicht fern.
 - 4) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 41.

sich, wieder dem Rechtswegausschluß zugewendet, dort einen Zugang zu dem Kernbereich der Freiheit verschafft haben. Ob dies mit einer Verfassungsordnung vereinbar ist, die den Menschen zwar als gemeinschaftsbezogen versteht ¹⁾, ihm aber auch Freiheit von dieser Gemeinschaft garantiert, kann nur im dialektischen Verhältnis von Freiheitswert und Gemeinschaftswert geklärt werden ²⁾. Möglicherweise wird dann die "halsbrecherische Erfindung" ³⁾ des Rechtsstaates deutlich.

b) Hier muß der Grundsatz "in dubio pro libertate" eine Entscheidung herbeiführen, nachdem die anderen Auslegungsversuche zu Art. 79 Abs. 3 GG kein befriedigendes Ergebnis hervorbrachten. Augenscheinlich sind die Grundsätze "in dubio pro libertate" und "in dubio pro auctoritate legislatoris" in Kollision geraten.

Die Maxime "in dubio pro libertate" entfaltet zur Welt des Tatsächlichen ihre Wirkung. Sie verdeutlicht das kritische System, welches im Grundrechtsbereich ebenfalls und gerade seine Wirkung entfaltet. Es ist nach "unten" zur Wirklichkeit und zur Problemlage offen. Es ist aber auch nach "oben" offen und zwar insoweit die "obersten" Prinzipien keineswegs nur Haltepunkte, sondern zugleich "Unruheherde" bilden ⁴⁾. So entscheidet der Grundsatz "in dubio pro libertate", wenn Zweifel auftauchen ⁵⁾. Die Vermutung für den staatsfreien Raum greift durch, wenn die freiheitsbeschränkende Norm in ihrer Notwendigkeit nicht zweifelsfrei feststeht ⁶⁾. "Alle gesetzgeberischen Überlegungen zum Tatsächlichen, für welche

1) BVerfGE 4, 7 (15 ff.); BVerfGE 30, 1 (20); Peter Schneider, Pressefreiheit, S. 62.

2) Peter Schneider, Die Grenzen des Naturrechts, S. 446.

3) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 60.

4) a.a.O., S. 13.

5) Peter Schneider, Recht und Macht, S. 246.

6) a.a.O., S. 248.

zunächst die Vermutung der Richtigkeit spricht, müssen in summa als geeignet erscheinen, die Vermutung zugunsten der Freiheit zu widerlegen" ¹⁾.

Roellecke meint ²⁾, daß die Maxime "in dubio pro libertate" in dieser Entscheidungssituation gerade keine überzeugende Wirkung entfalten kann, da sie nun durch die Empirie bestimmt wird. Was er mit dieser Kritik im Auge hatte, macht er durch ein Beispiel deutlich: "Wenn sowohl der Gesetzgeber wie der Einzelne besten Willens sind, einander als Personen zu achten, beider Gemeinschaftsvorstellungen jedoch gänzlich differieren", so berufe sich Schneider auf die Empirie. Wer sich in dieser Situation auf die Empirie berufe, der müsse notwendig die Vermutung zugunsten einer Person empirisch widerlegen.

Ein solcher Schluß ist nur möglich, wenn der Freiheitssatz des Art. 1 GG von der Gemeinschaft her ausgefüllt wird und nicht von der Würde des einzelnen Menschen. Der Freiheitssatz ist der Gemeinschaft, dem Gesetzgeber vorgegeben ³⁾. Damit ist die Dynamik des aufgezeigten Beispiels nicht aufbaubar. Für den Gesetzgeber spricht gerade im Zweifel nicht der Freiheitssatz. Der Gesetzgeber kann die Freiheit des Individuums nicht gegen eben dieses ausspielen. Vielmehr muß der Gesetzgeber nachweisen, daß zum Schutz der Freiheit aller der Einzelne ein Stück Freiheit aufgeben muß. Eine Erkenntnis, die schon zögernd Montesquieu billigt ⁴⁾, wenn er einräumt, "daß es Fälle gibt, in denen man zeitweilig der Freiheit einen Schleier überwerfen muß, wie man die Bilder der Götter ver-

1) a.a.O., S. 275; drs., Pressefreiheit, S. 143.

2) Roellecke, S. 276 f.

3) Peter Schneider, Pressefreiheit, S. 139 f.

4) Montesquieu, "Vom Geist der Gesetze", Buch XII, 19. Kapitel.
(In der Übersetzung von E. Forsthoff, Tübingen 1951, Bd. I, S. 280.)

hüllt". Damit wird aber auch eindringlich deutlich, welche strengen Voraussetzungen zu verlangen sind, wenn gerade der Rechtsweg ausgeschlossen wird, der, wie gezeigt wurde, in der Vergangenheit erst die bürgerlichen Rechte hat praktisch wirksam werden lassen. Es ist lediglich denkmöglich, auch dieses Stück Freiheitsgarantie aufgeben zu müssen, um die Gemeinschaft als Ganzes zu retten ¹⁾.

c) Wenn es darum geht das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis partiell von Fall zu Fall zu beseitigen und diese Eingriffe der Gerichtsbarkeit zu entziehen, dann steht dem Freiheitsraum das massive Schlagwort "Achtung, Feind hört mit" gegenüber. Der Feind, ob innerer oder äußerer, soll weder in öffentlicher, noch in eventuell geschlossener Gerichtsverhandlung erfahren, was die Sicherheitsorgane schon in Erfahrung gebracht haben ²⁾. Denn, so verdeutlicht das Bundesverfassungsgericht ³⁾: "Die Befugnis, den Betroffenen von einer Abhörmaßnahme nicht in Kenntnis zu setzen und ihre Überprüfung an eine Stelle, die kein Gericht ist, zu verweisen, dient also der Effektivität des Verfassungsschutzes und macht eigentlich das Abhören und Briefeöffnen erst sinnvoll."

Wer diese Überlegungen anstellt, setzt stillschweigend voraus, daß tatsächlich in diesem Bereich eine sinnvolle "Abwehr" möglich und nötig ist. Genau an diesem Punkt muß nach den dargelegten Grundsätzen die Kritik ansetzen. Nirgendwo findet sich eine einläßliche Darstellung, wie denn nun der "Feind" arbeitet. Schon im Vorfeld scheinen die Schleier des Staatsgeheimnisses den Blick in die Gegebenheiten sorgfältig

1) Als nächste Stufe muß dann geprüft werden, ob Rechtsschutz immer Gerichtsschutz ist. Vgl.: Lorenz, S. 148 ff.; Dürig-Evers, S. 17 f.; 97 f.; Glückert, ZRP 1969, 177; Hall, ZRP 1970, 146.

2) Evers, Dürig-Evers, S. 36; Glückert, ZRP 1969, 178; Hall, ZRP 1970, 146.

3) BVerfGE 30, 1 (19).

verhängen zu haben. Ein solches Unbehagen, nämlich nicht genau den Sachverhalt zu kennen, machen nicht nur die Richter des abweichenden Votums recht vorsichtig deutlich ¹⁾, sondern Schlink bezeichnet die Notwendigkeit des Rechtswegausschlusses als "blanke Behauptung" ²⁾. In der Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht hat auf Befragen des Gerichtes und auf Rückfrage von Dürig, der "Beobachter" des Bundesinnenministeriums erklärt, "daß vom nachrichtendienstlichen Standpunkt des Bundesamtes für Verfassungsschutz aus keine Bedenken gegen eine dem Strafprozeß entsprechende Lösung ³⁾ beständen" ⁴⁾.

Einige Erwägungen mögen das Angedeutete in den Vordergrund treten lassen. Es ist sicherlich nicht allzu unbekannt, daß es möglich ist, Fensterscheiben auch auf größere Entfernungen als Membranen zu nutzen, und daß es "großväterlich" erscheinen muß, wenn etwa ein Agent im Konferenzzimmer unter eine Tischplatte "Minispione" montiert. Aber könnte es nicht bereits Wirklichkeit sein, daß ferngesteuerte Roboter existieren, die über tausende Kilometer in ein geöffnetes Fenster schweben und irgendeine "feindliche" Tätigkeit verrichten? Immerhin ist es möglich, auf dem ca. 384 700 km entfernten Mond mit einer Genauigkeit von einigen 100 Metern zu landen, was einer Fehlerquelle von tausendstel Bogensekunden entspricht. Die Entfernungen von London, Washington, Peking oder Moskau nach Bonn betragen lediglich ca. 525 km, 6400 km, 7840 km bzw. 2100 km. Soll hier wirklich angesichts der angedeuteten Möglichkeiten das alte "Dampftelefon" - dem Bürger unentbehrlich scheinend - dem Agenten noch die rechte Hand bedeuten? Diese Bemerkungen sollen nicht unzulässig den Problembe-

1) Abweichende Meinung, BVerfGE 30, 1, (46).

2) Schlink, Der Staat 1973, 92; ähnlich: Häberle, JZ 1971, 147.

3) vgl. oben auch die weiteren Einschränkungen: (§ 8) Abs. 1.

4) Dürig, Maunz-Festschrift, S. 47 (Zitat aus S. 47, Anm. 3).

reich relativieren, aber sie sollen gewissermaßen nach dem "Sturm" den Blick frei machen für weitere Horizonte. Gerade hier wird die geschichtliche Bezogenheit des Rechtes ¹⁾ deutlich und deshalb die Frage nach dennoch gültigen Bezügen lebenswichtig.

Es fehlt der Nachweis, daß die einschränkende Norm eine im Gemeinwohl begründete Ausnahme von der freiheitlichen Regel darstellt. Es sind Zweifel vorhanden. Zweifel daran, daß der "Feind" sich noch die Einrichtungen der Post in einem Maße zu Nutze macht, daß die freiheitliche demokratische Grundordnung oder der Bestand oder die Sicherung des Bundes oder eines Landes geschützt ²⁾ werden müssen. Der Rechtswegausschluß hat den Abwehrmechanismus perfektioniert, aber ein Geltungsgrund muß ihm abgesprochen werden ³⁾. Das Bundesverfassungsgericht,

-
- 1) Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm, S. 280: "Kein Glaubenssatz, kein heiliges und für alle Ewigkeit gesprochenes Versprechen vermag der Wirklichkeit der Zeit zu trotzen. Die menschliche Geschichte erscheint als unabsehbares Werden, das alles, was zur Beständigkeit drängt, unachtsichtig einreißt. Alles scheint in den Wind gesprochen oder in den Sand geschrieben." Siehe auch derselbe in: Recht und Macht, S. 122.
 - 2) Im Text des Art. 10 II 2 GG heißt es nicht etwa "anlässlich", sondern "zum Schutze". So daß der Gesetzgeber selbst keine vorsorgliche Maßnahme wollte, sondern er davon auszugehen scheint, daß nur so ein Schutz möglich ist. Jede der Formeln müßte aber empirisch nachgewiesen werden und auf ihre Notwendigkeit hin und d.h. zunächst die Frage beantworten, was geschieht tatsächlich an der "Front". Die bloße Denkmöglichkeit, daß so gefährliche "Feinde" mal das Telefon oder den Brief benutzen, reicht nicht aus; denn dann wird der Freiheitssatz paralysiert. (Peter Schneider, Recht und Macht, S. 275.)
 - 3) Abweichende Meinung, BVerfGE 30, 1 (33 ff.); Dürig-Evers Gutachten; Hamann-Lenz, Art. 10 Anm. B, 6; Häberle, JZ 1971, 145 ff.; Maunz, Fundamentalsätze, S. 27 ff.; Schlink, Der Staat 1973, 108; Alberts, JuS 1972, 322 f.; Roellecke, S. 297/301; Hall, ZRP 1970, 145; Foit, S. 38; Lorenz, S. 149 eingeschränkt; ebenso Kirch, S. 105, Anm. 3. a.A.: Bettermann, AöR 96 (1971), 567; Schmidt-Bleibtreu, Klein, Art. 19 IV, Anm. 10; Herrfahrdt, in Bonner Kommentar, Art. 79, Anm. II, 3; Klein-Wilke, UFITA 65 (1972), 201; H. Schneider, S. 353 ff.

als Teil der dritten Gewalt, der Gesetzgeber und die Executive haben sich gegen die Freiheit des Bürgers entschieden. Die Staatsgewalt ist den Verlockungen erlegen, die immer der Ruf nach der Staatsräson auslöst. Sie scheute das Risiko des Scheiterns. Eine Chance, den immer kleiner werdenden Freiheitsraum des Bürgers zu verteidigen, wurde vertan ¹⁾. Der Rechtsstaat ist fragwürdig, wenn sich die Rechtsweggarantie nicht als "Schlußstein im Gewölbe des Rechtsstaates" ²⁾, als "Grundentscheidung der Verfassung" ³⁾, als "königlicher Artikel" ⁴⁾, als "rocher de bronze" ⁵⁾ gegen die Willkür der Staatsgewalt erweist. Der Bürger, der diesen Staat des Bonner Grundgesetzes gegen seine Gegner verteidigen will, wird es in Zukunft schwerer haben, das Ja zum gewaltenteiligen Rechtsstaat zu begründen.

Damit mag das Feld epigrammatisch charakterisiert sein. Der Anlaß der Untersuchung gebot, auch die Grenzen aufzuzeigen, die möglicherweise der Rechtsweggarantie gezogen sind.

-
- 1) Dürig, Maunz-Festschrift, S. 51; Hall, ZRP 1970, 147; Peter Schneider, Recht und Macht, S. 97 f.; 205; drs., Die Grenzen des Naturrechts, S. 443.
 - 2) Thoma, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 (1951) S. 9.
 - 3) BVerfGE 22, 49 (80).
 - 4) Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2 (1950) S. 269.
 - 5) Klein, VVDStRL, Heft 8 (1950), 88.

A r b e i t s e r g e b n i s

Art.19 Abs.4 Satz 1 GG erhält durch Satz 2 eine nachdrückliche Verstärkung .Weder Satz 1 noch Satz 2 führen zu einer irgendwie gearteten Rechtskontrolle,solange ein Gesetz eine diesbezügliche Zuweisungsnorm enthält.Da Satz 1 fordert,daß sogar alle Ansätze zu einer Rechtskontrolle ausgeformt werden müssen,konnte nachgewiesen werden,daß Satz 2 nur dann zur Anwendung kommen kann,wenn der Gesetzgeber auch diese Ansätze streicht.Ginge der Gesetzgeber allerdings soweit,würde er solange Art.19 Abs. 4 Satz 1 und 2 GG besteht,einen erhöhten Rechtsschutz bewirken,da dann kein Gesetz mehr die Ausgestaltung des in Art.19 Abs.4 Satz 1 und 2 GG enthaltenen Individualrechtsschutzes einschränkt.Wenn aber Satz 1 beseitigt ist,kann auch Satz 2 nicht mehr zum Zuge kommen,da dann jeglicher Rechtsschutz ausgeschaltet ist.Dies ist aber nur möglich, wenn im Rechtsstaat des Grundgesetzes ein Sachverhalt erwiesen ist,der die Gemeinschaft der freien Bürger so gefährdet ,daß nur noch ~~der~~ Rechtswegausschluß zugunsten der öffentlichen Gewalt die Gefahr abwenden kann.Die absolute Subsidiarität des Art.19 Abs.4 Satz 2 GG ist die ausdrückliche und ständige Mahnung ,den Zugang zu ~~den~~ Gerichten zum Schutze vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt offen zu halten.Nur so ist es in ständigem Ringen möglich,"von Tag zu Tag,von Fall zu Fall,in nüchterner Abwägung der Umstände und der Geltungsansprüche den Prinzipien der Freiheit und der Staatsautorität je das ihre zuzumessen" ¹⁾.

1)Peter Schneider,Pressefreiheit,S.9.

Lebenslauf

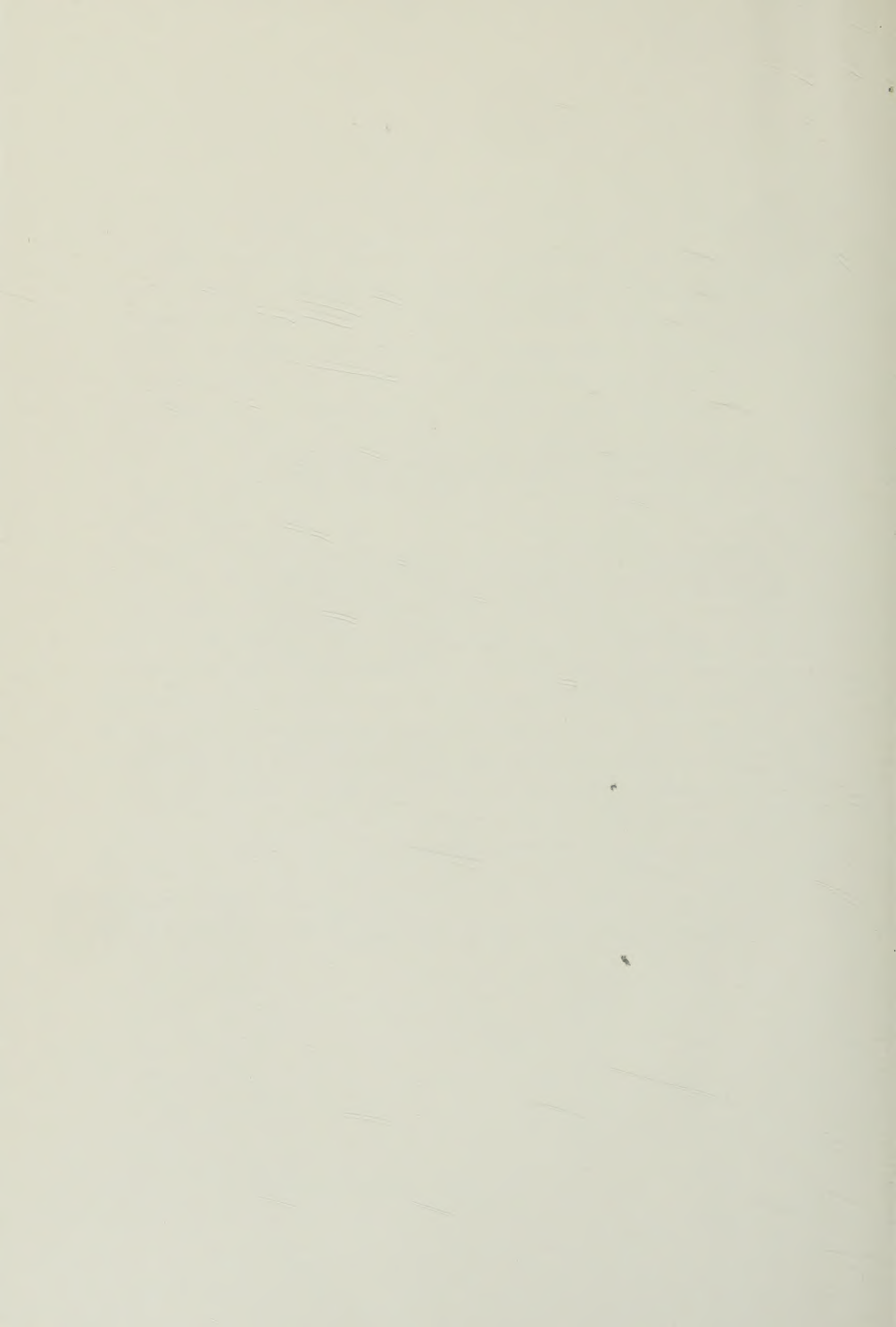
=====

Als Sohn des Diplom-Landwirtes Mark-Friedrich von Loesch und seiner Frau Stephanie von Loesch, geb. Broich, wurde ich am 11.10.1938 in Breslau geboren. .

In Bayern, Nordrhein-Wetsfalen und Hessen besuchte ich die Grund - und Oberschule und bestand am 25.2.1959 das Abitur. Nach einem kaufmännischen Praktikum und dem Wehrdienst in den Jahren 1959 bis 1961 studierte ich in München, Köln und Mainz Rechtswissenschaft. Am 6.3.1970 beendete ich meine Referendarzeit in Bayern mit der zweiten juristischen Staatsprüfung.

Von 1970 bis 1974 arbeitete ich als angestellter Anwalt und als Revisor in einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Zu Beginn des Jahres 1975 machte ich mich selbständig. Am 5.2.1976 wurde ich als Steuerberater bestellt.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 6.7.1976 ab.



Dissertationsdruck
GmbH & Co. KG.

Schadel & Wehle

86 Bamberg • Hohe-Kreuz-Str. 9b • Tel. 0951/21617[5 4414]